

民事裁判覚書〔完〕 〱民事裁判官と刑事裁判官の対話〰

——民事訴訟と刑事訴訟の交錯——

佐藤嘉彦

- 第一 はじめに
- 第二 起訴前の手続
- 第三 訴えの提起と審理の準備
- 第四 訴訟物の特定と訴因の特定
- 第五 一部請求と一部起訴
- 第六 主張事実の変更と訴因変更の要否
- 第七 訴因変更の可否
- 第八 証拠法関係
- 第九 事実認定の手法
- 第一〇 既判力と一事不再理効

第一一 おわりに——最後のメッセージ——

(別紙一) 民事裁判における事実認定について(一)——何が原則か——

(別紙二) 民事裁判における事実認定について(二)——真実は一つか——

第一一 はじめに

一 かつて筆者は、「刑事訴訟と民事訴訟の交錯」と題して、刑事訴訟と民事訴訟に共通する主要問題について検討してみた⁽¹⁾。法科大学院で刑事訴訟法の講義を担当することになったのがきっかけである。そのため、初学者にとつて、躓きの石⁽²⁾となるテーマを選んだ。

二 民事訴訟と刑事訴訟では、その目的を異にしており、これを単純に比較してみてもあまり意味がない⁽³⁾。しかし、民事訴訟でも刑事訴訟でも、手続保障と真実の発見は最も重要な目的であつて指導的な理念である⁽⁴⁾。

三 証拠の偏在は、いずれの訴訟においても強く意識されており、公平を図るための理論が構築されている⁽⁵⁾。公害訴訟、薬害訴訟、消費者訴訟、環境訴訟などといった現代型訴訟は、従来の訴訟にはなかった特質があり、新たな理論的展開もみられる⁽⁶⁾。附帯私訴などを考えると、民事訴訟と刑事訴訟は法制度上も現実にも交錯してくる。アメリカの訴訟手続に思いを致すと、いつそうそういう思いを強くする。

四 本稿では、未熟な前稿の不備を補うとともに、約三〇年の裁判官としての実務経験を踏まえ、そこで触れなかつた若干の問題について考察してみた。前稿と同様、法科大学院で両訴とりわけ刑事訴訟法を学ぶ学生のための効率的な学習に資すれば幸いである⁽⁷⁾。もつとも、⁽⁸⁾邯鄲の歩み⁽⁸⁾とならないことを祈りたい。

〔筆者の刑事訴訟と民事訴訟に対する基本的な考え方は、拙著「刑事裁判覚書——事実認定を中心として——」同志社法学六四卷三三号（刑事裁判覚書二〇一四年）成文堂所収〕、「刑事裁判覚書（統）——量刑を中心として——」同志社法学六五卷一号「刑事裁判覚書」二〇一四年）成文堂所収、「刑事裁判覚書（再）——証人尋問を中心として——」同志社法学六七卷三三号、「刑事裁判覚書（完）——わが国の陪審裁判を素材として——」同志社法学六七卷五号、「民事裁判覚書——和解を中心として——」同志社法学六七卷四号で披瀝している。（参照・本文引用した文献——末尾に引用した文献の略称を記載した。）

〔1〕拙稿「刑事訴訟と民事訴訟の交错」同法六〇巻七七八三頁以下。なお、小林・安富「クロスオーバー」は、民事訴訟法研究者と刑事訴訟法研究者の対話である。

〔2〕小野・一五二頁は、「刑事訴訟法が配分的正義を指導理念とするのに對し、民事訴訟は均衡的正義を指導的理念とすることから出發する」として、両訴を「単に抽象的な見解を以て軽々しく同一視することは許されない」と戒められている。なお、民事訴訟制度の目的については、多様な「民事訴訟制度の目的論」が展開されている（川嶋・一〇頁には、権利保護説（A説）、私法秩序維持説（B説）、紛争解決説（C説）、多元説（D説）、手続保障説（E説）、棚上げ説（F説）、修正権利保障説（G説）、救済保障説（H説）が簡潔に紹介されている）が、刑事訴訟制度の目的については、わが国においてあまり活発な理論展開はない。それは、刑事訴訟法一条にその目的について明文規定があるところから、「その目的実現のためには訴訟構造論は必要であっても、訴訟目的論としての真相解明と人権保障の意義を深化させればよいのであって、それ以上に議論を進める必要はない。このような理解が暗黙のうちに前提とされてきたのではなからうか」（田口守一『刑事訴訟の目的』二三三頁には、(1)実体的真実追求説、刑法実現説、(2)個人と国家の利益調整説、(3)法的平和の回復説、(4)紛争取捨説、(5)社会的平和説）が紹介されている」とされている。ちなみに、ロクシンは、「刑事手続の目的は、被告人の可罰性についての、①実体的に正しく、②訴訟法に従って成立し、③法的平和を創出する裁判にある」（Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 24Auff., 1995, S.2f.（田口教授の訳文による））としている。

〔3〕伊藤眞・一七頁、井上「民事法の争点（第三版）」六〇頁、伊藤眞ほか「民事訴訟の論争」四頁、団藤・二七頁、平野八頁。

〔4〕民事訴訟では法律要件分類説の見直し、間接反証理論、証明妨害法理、一応の推定ないし表見証明、確率的心証、割合的認定、証拠開示の処理、模索的証明、事実解明の義務等が問題にされている。

〔5〕徳田「民事法の争点（第三版）」二四頁、小島「民事法の争点（第三版）」二三頁。なお、辻本「訴因の研究」は、意欲的な試みである。

〔6〕「実務家の問題意識」の一端を紹介しておく。初任の頃、「逮捕状の更新」について記録の山を前にして悪戦苦闘していたところ、先輩裁判官から「軽微な条例違反の活動家について、どうしてこれまでに逮捕されていないのか」のチェックも忘れぬように」と助言された。「犯行から時間

が経過しているから、通常の令状審査の場合に加え、公訴時効の関係もチェックしなくては」とは考えていたが、「なぜ、捜査官機関は逮捕しないのか」とまでは考えなかった。「活動家にとつていつ逮捕されたら打撃が大きいかね……」。「予防検束……」。「そうね。それも一応はね」。「そうすると、逮捕に伴う捜索差押えの場合も、捜査官には、緊急処分説の方が都合がいいですね。相当説では二度入りづらい。同一管理権の及ぶ範囲の捜索は蒸し返しになってしまうから。証拠の収集ではなく、立ち入ること自体に意義があるとすれば……」。七〇年代前半における判事室のやり取りである。戦時国際法ならぬ訴訟法の時代であった。

(7) 小林「民事訴訟法がわかる」二頁は、「民事訴訟の検討にあたっては、同じ手続法である刑法との比較も今後必要になってくるだろう」とされている。現行刑事訴訟法の多角的な研究のためには、比較法的な研究のほか、民事訴訟と旧刑事訴訟法の研究が間違いなく有意義である。そこで、まづわが国の陪審裁判の運用状況を概観してみた(「刑事裁判覚書〔完〕——わが国の陪審裁判を素材として——」同法学六七巻五号)。欧米の陪審制の研究では得られぬ視点が得られたような思いがする。しかし、ここでも「学ぶに遅きなり」と嘆息するほかない。

(8) 邯鄲で学んだために故国で身につけた歩き方まで忘れてしまうことになってはならない。

第二 起訴前の手続

一 民事保全処分と逮捕・勾留の目的について

1 保全処分の目的は、本案訴訟の実効性の確保のためにある。ようやく債務名義を取得しても、債務者に執行すべき責任財産がなければ、権利は画餅に帰する⁽¹⁾。

被保全権利の疎明は十分でも、担保が用意できないと、権利の実現は竟束ない(「保釈許可決定があっても、保釈金が積めない、身柄が解放されないのと同様である」。保全部で執務していると、そうした思いを強くする⁽²⁾)。情に棹させば流される。さりとて、人でなしの国に逃げ込むわけにもゆかぬ。ちなみに、財産分与の保全では、担保額の決定につき相当な配慮がされている(「マニュアルは、フール・プルーフ、プロは融通無碍で

なくてはならぬ」。

2 被疑者の身柄拘束も、その目的が最終的に刑罰請求権の実現にあることは疑いない。刑罰請求権の行使は、① 公判を維持できるだけの証拠を収集して起訴し、② 審理をしたうえ、③ 有罪判決を得て、④ その執行により完結する。^③

3 刑罰請求権の実現がおよそ不可能な事件についての捜査はどこまで許されるかという問題「そもそも捜査とはなにか」も考える必要がある。^④

二 本案不提訴による保全処分の解消と不起訴による勾留の効力の消失について

1 保全処分は、本案不提訴による保全取消しによって消滅する（民事保全法三七条三項）。

2 被疑者の勾留は、不起訴によってその勾留の効力を失う（刑訴法二〇八条）。

3 これらのことは、保全処分が本案訴訟の実効性の確保のためにあり、勾留の究極的な目的が刑罰請求権の実現であることを意味している。^⑤

三 「被保全権利と本案の請求権の同一性」と「勾留事実と起訴事実の同一性」について

1 起訴命令（民事保全法三七条一項）の関係では、被保全権利と起訴事実の訴訟物が一致していなくても、「請求の基礎の同一性」〔訴えの限界を画する機能的概念である〕があれば、保全取消しを免れる。

2 前記二の1の関係では、「勾留事実と起訴事実の同一性」も、概ね「公訴事実の同一性」と同様と解されている（論理的帰結といえるかどうかについては、一考を要するが、逮捕前置主義における「事件の同一性」とは同

日の談ではない。)。同一性が認められなければ「刑訴法二〇八条一項」、求令状「職権発動による勾留」が必要となる(同一性が認められれば、「同一性あり職権発動せず」と表示する。これが、身柄係属のお墨付きとなる)。

3 「請求の基礎の同一性」は、後述するとおり、訴えの変更の要件であり(民訴法一四三条一項)、「公訴事実の同一性」は、訴因変更の要件である(刑訴法三二二条一項)。

4 「請求の基礎の同一性」の概念をどのように考えるかについては、後述するとおり、①実体法的に見る考え方、②手続法的に見る考え方、③両者の視点から見る考え方に分かれる。⁽⁶⁾「請求の基礎の同一性」と「公訴事実の同一性」の異同を考えてみれば、多くの難問を解く糸口が得られよう(後記第七参照)。

四 民事訴訟には、いわゆる断行の仮処分や仮執行がある(かつては「仮処分の本案化」も問題になった)が、事物の本質上、刑事訴訟には類似の制度がない。もつとも、「いわゆる人質司法は、威嚇的な保全処分(脅し)に等しい」といった在野法曹の辛辣な意見もある。⁽⁷⁾

ちなみに、長期の身柄拘束により、未決勾留期間が刑期を超えることも稀ではない(保釈決定があっても、保釈金がないと身柄の拘束は続く)。皮肉屋にいわせれば、まるで満^{刑の執行の先取り}足的仮処分である(仮執行宣言が付されてそれが執行された感がある。また、社会的制裁を助長するという意味では、逮捕も勾留も、断行の仮処分の様相を呈する)。未決勾留されたことは情状としても考慮される(被害者感情に配慮し、執行猶予を勝ち取るため、あえて保釈請求を控えるといった裏技もある)。

五 愚者の一得⁽⁸⁾

1 民事裁判でも刑事裁判でも、起訴前の手続が、事件の帰趨を大きく左右する。相撲に喩えれば、立会い⁽⁸⁾である〔刑事事件において、起訴前の弁護活動の重要性は贅言を要しまい。身柄を拘束されないよう、拘束されたら早期に釈放されるよう、そして起訴されないよう、起訴されても略式起訴で済むよう腐心しなければならぬ。民事事件においても、類似の攻防がある〕。外連味のある立会いは、墓穴を掘る。もつとも、とうてい手合いの叶わぬ相手に対しては、奇策もやむをえない〔かつて佐伯千仞先生は、検察官や裁判官への心理的効果を狙い、却下されることを承知で、逮捕に対して準抗告を申し立てられたという〕。

しかし、検察官は、いかなる時も横綱相撲に徹すべきである。勝ち負けではなく、勝ち方が問われよう。国家の品格である。そうでなくては、「草園園に満ち、鵠大理に巣くう」(隋書) 社会の実現は叶わない。法秩序は、司法の無瑕性によってのみこれを能く維持しうる。そこに法曹のロマンがある〔小さな違法を見逃すと大きな違法が蔓延するように、司直の無法は悪を助長する〕。銃剣は、それによって他者を従わせることはできても、その上に坐ることはできない(タレイラン)。

2 民事事件では、無用な保全⁽⁹⁾処分が債務者の体力を弱らせ、責任財産を細らせる〔運転資金の獲得を困難にする〕。他の債権者の抜け駆けを恐れるあまりやり過ぎると、債務者を倒産に追い込んでしまう〔仮差押が信用不安を引き倒産することもある。一種の風評被害である。特約により期限の利益を失うこともある〕。正に債権者のジレンマである。

刑事事件では、愛すべき熱血漢(角袖⁽¹⁰⁾)の勇み足(別件逮捕や無理な取調べ等)により、あたかも被告人(真犯人である)を処罰できなくしてしまう。真犯人であつても、首服する気にはなれない。早く身柄の解放を受けた

いがため、捜査官に迎合するおそれもある〔誤判の温床は至る所にある〕。

3 保全段階の初期の陳述書には、時にとりて相手方を利する情報が含まれていることがある。捜査官の報告書と同様である〔不用意な記述が見られることも少なくない。イノセントな裁判官から捜査機密を引き出すため、準抗告や勾留理由開示を多用される手練れの弁護士がいた八三大難訟地とされた京都では、〇〇イズムといわれた〕。老練な弁護士や検察官によつて濾過された資料は、目黒のサンマのようなもので無味乾燥である〔美味しいところが抜け落ちて味も素っ気もない〕。証拠開示によつて狙つた捜査報告書を手に入れることは困難であるが、疎明資料として使われた陳述書を手に入れる術はある〔保全段階の陳述書の記載と本案における主張の矛盾を咎めて逆転勝利を手に入れた教え子もいる〕。

(1) 筆者は、保全法施行直後に東京地裁保全部(9民)において、その後大阪地裁保全部(1民)において執務するという貴重な経験をした。両地裁の取扱いは、担保額の決定基準や大阪地裁が編み出した法廷審尋など顕著な違いがあった。その背景には、様々な要因があるが、次第に違いはなかりつつあると聞く〔ちなみに、「大阪の量刑は東京に比して軽過ぎる」という検事長の発言があつて物議を醸したことがあつた。現在はどうか〕。

(2) 「杖を持つ者には杖を与え、杖を持たない者からは杖を奪え。」「富む者はますます富み、貧しき者はますます貧しくなる。」「浮き世の風も同じである。」「正月の餅を妻子に食べさせてやりたくて、保釈の取消しを求めた」という被告人の話が聞かされたことがある。職権で取消すにしても、取消事由はどうするのか(刑訴法九六条。法が想定していなかつた事態である)。

(3) ①についていえば、起訴・不起訴を決するため、その身柄を拘束し、罪証隠滅等が図られない状態で捜査をする必要がある(関係者が口裏を合わせる)と真相の解明が寛束なくなる事案も少なくない。そのため、実務上、およそ逃亡のおそれのない者の身柄拘束も容赦なく行われる。②についていえば、起訴された者を審理するためには、ごく稀な例外を除くと、被告人の出廷が必要である。欠席裁判は許されない。③についていえば、判決の言渡しにも、原則として被告人の出廷が必要である。④についていえば、身体刑の執行は、身柄の確保がなければできない、ということである。

(4) 山口裕之「新実例I」二二二頁以下。

(5) これらの点は、暫定的にせよ「保全処分において本案で認められる以上の処分があること」や「起訴前の逮捕・勾留の目的が、起訴不起訴を決するための捜査のためのものであること」と矛盾しない。

(6) 第七の一のとおり。

(7) 「身柄を質に取って審理の促進を図る」。露骨に言えば、「公訴事実を争わない」とか「書証に同意する」とかいうのであれば保釈する。そのため、罪状認否が終わるまで判断を留保する」というやり方である。理屈をつければ、「罪証隠滅のおそれが低下するから保釈しやすくなる」ということになるだろう。

(8) 広武君曰、臣聞、智者千慮、必有一失。愚者千慮、必有一得。故曰、狂夫之言、聖人挾焉。

(9) 自白の任意性を否定された人情家の老刑事の独白である。「確かに、机も叩いた。声も荒わらげた。被害者の無念が全身に溢れた。真剣勝負や。無理な取調べではほんまの事は聞き出せん。自白の強要したわけやない。(判事さんが)取調べの一部始終を見てくれたらよう分かる。捜査の可視化!大いに結構。されたら困るような取調べなどしとらん」。

(10) 不用意な仮差押が信用不安を招く例も少なくない。不当な身柄拘束も更生の道を閉ざす。いずれも望まぬ結果である。

第三 訴えの提起と審理の準備

一 民事訴訟における訴権論は本案判決請求権説で、刑事訴訟における公訴権論は実体判決請求権説で結着がついた。問題の視点は、当事者から裁判所に移り、民事訴訟では「裁判所の審判権の限界」に、刑事訴訟では「訴訟条件論」に収斂した⁽¹⁾。本案(実体)判決請求権の要件を考えればよくなった。もつとも、刑事訴訟において公訴権論を意識することは、訴訟条件論の展開の指針として、なお有意義なことである。「実体判決請求権説によれば、公訴に対応すべき義務者として裁判所のみが意識され、もう一人の義務者たるべき反対当事者(被告人)は忘れられ勝ちになる。これは、公訴権理論が、隣接概念たる刑罰権からの独自性の確立を旨として展開されてきたため刑罰権を想

起させる要素——刑罰権の対象たる被告人との関係——を、公訴権概念から駆逐しようとしてきたことによるのではないか^②。四〇数年前にそんな未熟な論考を物した「ツー・ディメンション・セオリー」を標榜された団藤先生が、「公訴権論の訴訟条件論への解消」を説かれるのは宜なるかなと思いつつも、恨めしく思ったものである^③。

二 訴権濫用論と公訴権濫用論について

1 民事訴訟を提起した者が敗訴の確定判決を受けた場合において、そのような訴えの提起が被告に対する関係で違法な行為を構成するといえるのは、最判昭和六三年一月二六日民集四二巻一号一頁によると、①当該訴訟において提訴者の主張した権利または法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものであり、②提訴者が、そのことを知りながらまたは通常人であれば容易にそのことを知り得たといえるのにあえて訴えを提起したなど、③訴えの提起が「裁判制度の趣旨目的」に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られる〔裁判を受ける権利は憲法上の権利（憲法三二条）であつて、疎かにはできない〕。

ここに於いて、「被告に対する関係で違法な行為を構成する」とは、不法行為に当たるという意味である。訴えの提起が、直ちに無効になるというわけではない。

2 これに対し、最決昭和五五年一月二七日刑集三四巻七号六七二頁は、起訴裁量権の逸脱が問題とされた事案において、「検察官の裁量権の逸脱は公訴の提起を無効ならしめる場合を否定することはできないが、それはたとえ公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限られるものというべきである」とした。

ここにおいて、「公訴の提起を無効ならしめる」とは、当該行為が違法で不法行為に当たるという意味ではなく、不適法（unzulässig）であることという。訴えの提起が違法で不法行為（国賠行為）に当たるという意味ではない。

3 訴訟行為に対する評価は、(1)訴訟法的判断である「①成立・不成立(存在・不存在)、②有効・無効、③適法・不適法、④理由有・理由無」と、(2)全法秩序的判断である「合法・違法」に分かれる⁴⁾。故意・過失があれば、公訴の提起は違法で不法行為を構成し、国家賠償の対象となる。

もっとも、「精密司法」を是とするか否かによって、公訴提起行為を違法とするか否かにかなりの違いがある。「嫌疑を欠く起訴」が問題にされた場合、アツサリ起訴を奨励しながら、「慎重さに欠ける起訴」とはいえまい。

三 口頭弁論の準備と公判の準備

1 民事訴訟でも刑事訴訟でも、集中審理に向け、争点整理の重要性が強調され、法的整備も進んでいる(民訴法一六四条～一七八条、刑訴法三二六条の二～三三二)。

2 しかし、関係者が「信義に従い誠実に」訴訟を進行しなければ、いかなる制度も機能しない(民訴法一条、刑訴法三一六条の三)。訴訟ハイウエイ論に与するわけではないが(令名高い民事裁判官が説かれたように、歯科治療的な審理の必要性・有効性が五月雨式な審理にもあることを否定するものではない)、「遅延の利益」「手練れの弁護士は、法は無謬のものではないと嘯いて、執行猶予期間を経過させたり、事件を風化させるため、事件の引延ばしを画策する」を狙った遵法闘争も容認するわけにはゆかない(「刑罰の芳しさは失われるし、被害者への配慮にも欠ける」)。

四 証拠開示

1 民事訴訟における証拠の偏在の解決策については、証拠開示、主張責任・立証責任の転換、証明度の調整等が

ある〔証拠の偏在は、公害訴訟、株主代表訴訟、医療過誤訴訟等で顕著になる〕⁽⁵⁾。

2 刑事訴訟における証拠の偏在は常態であり、誤判を避けるためには徹底した証拠開示が必要である〔反対当事者の眼を通すと、見えないものが見えてくる（目は両視すること能わずして明に、耳は両聴すること能わずして聴なり。ここに当事者主義の極意がある）。金子みすゞ流にいえば、「見えないものもあるんだよ」である〕。それがないと、「疑わしきは被告人の利益に」の原則も単なるお題目となる。

3 刑事訴訟における証拠開示は、法改正により整備され、無用なトラブルも少なくなった。問題は、この制度を使う当事者の力量である〔検察官はその道のプロであるが、弁護人は必ずしもそうではない。そうになると、反対当事者の眼を通してしか見えないものが、見えなくなる〕。

4 検察官の手持ち証拠のうち、攻撃的証拠のほか、被告人に有利な証拠の開示も重要である〔刑法法三〇〇条も同じ趣旨の規定である。なお、最決昭和四四年四月二五日刑集二三巻号二四八頁で認められた証拠も被告人に有利な証拠（刑法法二二六条の証人尋問調書）であった〕。アメリカ法におけるディスクバリー制度・運用状況も参考になる⁽⁷⁾。無辜を犠牲にして購われる利益はない〔マーシャル判事の表現を借りれば、いかなる国家機密も、無罪という対価を支払わなければ購えない〕。

この関係では、重要な証拠（いわゆる「諏訪メモ」など）の秘匿が問題になった松川事件の国賠の第一審判決は興味深い。「裁判所が証拠提出命令を出してまで……」。判決文には、裁判官の熱き思いが溢れている。

五 愚者の一得

1 筆者が昭和四〇年代に刑事法の勉強を始めた当時、公訴権濫用論が華やかであった。

そのため、「公訴権論」を修士論文の研究テーマに選んだ。最初は、文字面に惹かれ、「応訴義務」に注目した。⁽⁸⁾それが「訴えの利益」そして「公訴の利益」に繋がった。⁽⁹⁾

「公訴権論は、応訴義務との緊張関係を保つことにより、訴訟条件論の内実を豊にする」。そう論文を締くくつた。

裁判官に任官すると、公安事件（『荒れる法廷』）のオープニングセレモニーとなった公訴権濫用の主張に悩まされた。『戦時訴訟法』の時代である。公訴権濫用論が恨めしく感じられた（刑事部を希望する裁判官がめつきり減った時代である）。起訴裁量権の逸脱を立証するためと称して、あるうにか検事正の証人尋問が請求されることもあった（それを採用した裁判所があると聞かされても、さほど驚かなかった）。⁽¹⁰⁾

2 争点整理における裁判官の役割は重要である。「裁判官は『火消しの纏い持ち』である。『消し口』を示せ！」が筆者のモットーであった。裁判官の積極的な関与を可能にした公判前整理手続の新設は正解である（もつとも、税法事件などでは、事実上同じような争点整理を行っていた）。

3 民事上の時効制度と刑事上の時効制度の異同についても、論ずべき多くの問題がある。寛容性を失った社会は、自己の権利侵害する者に厳罰を求めて時効制度を禁忌する（市民社会の住人は、努力して手に入れた権利を侵害する者を許せない）。時間の経過からなにくみ取るか。ある意味で、貴族的価値の衰退である。時勢に流され、根源的な問いを忘れてはなるまい。それが法曹の顔^{かほ}である。

(1) 新堂・二〇九頁以下、田宮・二二四頁以下、高橋（下）一頁以下。

(2) デーゲンコルプが、「いかなる訴訟も反対当事者の協力なくしてはなりたたない」ことを重視し、訴権論を展開していたことが想起されるべきである（Vgl. Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm, S.27, S.35, S.35, S.39）。

- (3) 水元宏典「民訴百選」〔第三版〕一八八頁。
- (4) 平野・二五頁参照。
- (5) 伊藤眞「法教」二五四号三頁以下。なお、民事裁判において、刑事手続の成果（証拠資料）をどこまで活用できるかという問題もある（「目的外使用」になることもある）。
- (6) 事実認定能力が乏しいと、適切な証拠開示の請求はできない。
- (7) ブルース・グリーン・ピーター・ジョイ講演録「アメリカ合衆国における検察官の証拠開示義務」〔村岡啓一訳〕一橋法學二二巻二号所収に触れた。ちなみに、彼の国の司法は、ゲーム感覚ばかりでない。ミランダ事件のような特殊な（阿Q正伝のような）ケースが、例外的な事案として凍結されず、一般化されている。わが国ではどうなるであろうか。
- (8) 応訴義務について、心に留めて置く必要がある。川嶋・三八頁には、以下のような説明がある。「二当事者対立構造は、民事訴訟法上、強制的に作られる仕組みがとられている。原則として、訴えを提起された相手方は、被告として手続を受けて立つことが強制されるのである。これを、民事訴訟における応訴義務（応訴強制）と言う。これは、被告となれば、手続に関与が強制され、しかも判決を受けることを免れることができないことを意味する。ただ、たとえ原告には裁判を受ける権利（憲三二条）が存在するとしても、被告として名を挙げた者を法廷に立たせるためには、正当な被告でなければならず、しかもその者との間で応訴義務を発生させ訴訟関係という強い関係を切り結ぶだけの関係性または利益が必要となる（松尾・九法六一号一頁、六二号七三頁）、これが、訴えの利益である」とある。
- (9) 能勢・「公訴の利益」を幾度となく読んだのを思い出す。
- (10) この点については、拙著『刑事裁判覚書』〔成文堂〕の「まきがき」に記した。拙著「刑事裁判覚書」〔完〕では、次のように締めくくった。

神は死んだ。そして、人が神になった。神々は渴く（アナトール・フランス）。国家は幻想となった。そのコララーとして、国家は非倫理的な飛躍が、心優しい若者を虜にし、青春の蹉跎を招来した。そういう時代に刑事法の勉強を始め、法服を纏い、三尺高い法壇に登ることになった。そして、半世紀が過ぎた。件の呪文によって開かれた、否、開いてしまった世界は、今、眼前にある。この咎は、これを「引きて自らを責」めるばかりではない。

第四 訴訟物の特定と訴因の特定

一 民事訴訟において、審判の対象は、訴訟上の請求あるいは単に請求または訴訟物とされている。⁽¹⁾ ここにおいて、訴訟物とは、「その存否について審判が求められている権利関係ないし法律関係」である。⁽²⁾ 裁判所は、原告が訴訟物として定立しない権利・義務関係について判決することはできない（民訴法二四六条）。

刑事訴訟において、訴訟物とは、「検察官の被告人に対する一定の請求であ（り）、請求の内容は、結局一定量の刑罰」である。⁽³⁾ 裁判所は、審判の請求を受けた事件（訴訟物＝訴因）について判決しなければならず、審判の請求を受けていない事件について判決してはならない（刑訴法三七八条三号）。⁽⁴⁾

二 民事訴訟の訴状において、審判の対象である訴訟物の特定には、他の訴訟物と識別できる程度の主張があれば足りる（これを「識別説」という）。現行法上、当該請求を理由あらしめるに足りる事実のすべてが主張されている必要はない。⁽⁵⁾

もちろん、民事訴訟でも、当事者の主張しない事実、たとえそれが証拠上認められても、判決の基礎に置くことはできない（「弁論主義の「第一テーゼ」である）。後述するとおり、いかなる事実の主張が必要かについては見解が分かれる（この点については、上野泰男「民訴法の争点」一三二頁以下に要領のよい解説がある）。

三 刑事訴訟の起訴状において、審判の対象である訴訟物の特定・明示には、(1)他の訴訟物と識別できる程度の事実（他の犯罪事実との区別化）の主張だけでは足りず、(2)刑罰請求を理由あらしめる足りる事実（犯罪特別構成要件）

すべての主張が必要である。^⑥

したがって、刑事訴訟では、まずもって民事訴訟でいう「識別説」ではなく、「理由記載説」がとられていることになる。^⑦それ故、「訴因の記載の程度は、他の訴因と紛れることのない程度で足りるか〔識別説の立場である〕、それとも被告人の防禦に支障を来さない程度まで必要か〔防禦権説の立場である〕」という見解の対立は、刑事訴訟上のもので、民事訴訟では聞かれない〔民事訴訟でも、弁論主義違反になるかどうかは重要であるが、控訴審が統審のため、判決釈明なる裏技もある〕。

例えば、共謀共同正犯の場合、実行為者が特定されていなくとも、前記(1)・(2)の要件を満たしており、理由記載説によっても訴因の特定に欠くことはなく、防禦権説によれば、訴因の特定を欠くことになる〔後説では、「冒頭陳述で釈明する」といった横着は許されない〕。

四 民事訴訟でも刑事訴訟でも、請求権を理由あらしめる足りる事実の主張には遺漏がないのに、他の訴訟物との識別に困難を伴う事例が少なくない。いかに日時・場所が詳細に特定されていても〔概括的な記載ではなくとも〕、他の訴訟物との識別できない事例がある。

例えば、民事訴訟では、貸金請求事件において、同一期間内に複数の同種・同額の貸付けがなされるようなケース〔利息制限法絡みの事案では、制限利息を考慮し、一〇〇万円一口の貸付けとせず、一〇万円一〇口の貸付けとされるのが少なくない〕がそれであり、刑事訴訟では、覚せい剤自己使用事件において、近接した機会に複数の使用が行われるようなケースがそれである〔包括一罪にならない同一物の使用窃盗等も同様である〕。

これらの場合、裁判実務では、訴訟物を特定するために様々な工夫をこらしている。貸金返還請求事件において

は「本件請求のほかに貸金請求権はない」とか「本件請求のほかに貸金請求権があっても請求しない」とかいった釈明を（原告が釈明の趣旨に反して起訴すれば、不起訴合意ないし請求の放棄と構成して処理できよう）、覚せい剤自己使用事件においては「最終行為を起訴したものである」とか「追起訴の予定はない」とかいった釈明を取り付けることにより、特定の不備（不特定がもたらす被告や被告人の不利益）を補っている。⁽⁸⁾

五 1 訴状の「請求原因」や起訴状の「罪となるべき事実」の中には、価値的要素・規範的要素が含まれているものがある。⁽⁹⁾前者では「過失」、「正当事由」、「権利濫用」等がそれであり、後者では「過失」、「未遂」、「欺罔」、「喝取」、「傷害」等がそれである。不真正不作為犯の場合も同様であろう。

このような場合、実務上も、評価の根拠となる事実が具体的に主張されなければならないとされている。⁽¹⁰⁾

民事訴訟の関係で「過失」を例にとれば、その内容である「酒に酔って運転した」という事実が間接事実に過ぎないとすると、「具体的な攻撃防禦の対象が定まらず、反論・反証等の準備をする機会が確保でき（す）、不意打ちを受ける不利益おそれがあり、手続保障に欠け」⁽¹¹⁾る。

刑事訴訟の関係でも、旧過失論と新過失論とは過失と評価される行為の具体的内容が異なり、「過失があった」というだけでは、「不意打ちを受ける不利益おそれがあり、手続保障に欠け」といえよう（この間の事情は、未遂罪と同様である（後記注（12）参照）。例えば、主観説（牧野・宮本）をとるのか客観説をとるのか。後者でも、形式説（大塚）をとるのか実質説をとるのか。そして更には、行為説（大谷）をとるのか結果説（山口）をとるのか。それによって、実行の着手と評価される行為の具体的内容が異なっている。）。

また、「傷害」を例にとれば、「傷害については、凶器を用いたとか、或いは手拳または平手で打撃を与えたと

いう程度まで具体性を要するといふべきであり、単に暴行を加えたといふ程度の記載では不適法である」という見解もある。¹²⁾

このように、「他の訴訟物との識別の問題」とは別に「価値的要素・規範的要素の特定」の問題を考えてみなければならぬ。¹³⁾

2) ところで、構成要件要素について具体的な事実の主張（評価対象事実の主張）が求められる主たる理由の一つは、反論・反証等の準備をする機会が確保されなければならないが、「一般的、抽象的な概念によつては具体的な攻撃防禦の対象が定まらず、不意打ちの不利益を受けるおそれがある」からである。

この理は、民事訴訟の場合と同様である。そうすると、「手段不明の暴行を加え」といった記載で足りるかどうかは、まずもつて被告人の防禦上の不利益の程度に着目しなければならない。

この点で注目すべきは、前原遺体白骨化事件（最判平成一四年七月一八日刑集五六巻六号三〇七頁）である。これは、白山丸事件（最大判昭和三七年一月二八日刑集一六巻一一号六三三頁）や吉田町覚せい剤使用事件（最判昭和五六年四月二五日刑集三五巻三号一一六頁）等とともに訴因の特定の問題としてよく採り上げられる判決であるが、被害者が死亡しているため「未遂事件の場合には、複数の実行が考えられる」、民事訴訟的意味では他の訴訟物との識別に困難はない「両事件とは異なり、民事訴訟上、特定方法としての請求原因の記載としては十分である」。問題は、「手段不明の暴行を加え……傷害により死亡するに至らしめた」とあるに過ぎないため、構成要件要素（暴行）についての主張が具体性に欠けることである「両事件と異なり、民事訴訟上、攻撃方法としての請求原因の記載として十分かという問題である」。¹⁴⁾

もつとも、前原遺体白骨化事件の程度の特定でも、「アライ主張のほか、有効な防禦方法として、暴行に関

与したこと自体の否認、その暴行が致命的であったことについての反証、さらに違法性阻却事由、責任阻却事由の主張が、犯罪手段につき明確な表示を欠くことよって不可能となるわけではない」といった見方がある。¹⁵⁾

3 しかし翻って考えてみると、「手段不明の暴行を加えた」という程度の心証しか持ちえないのに、「被害者の死が被告人の所為によってもたらされたものであるといえるのか」、「傷害致死の構成要件を充足しているとの判断をなしうるのか」疑問なしとしない（もちろん、「構成要件を充足しているとの判断をなしうる」ような特殊なケースが想定できないわけではない。しかし、その場合には、「特殊なケース」である所以が明らかにされなければならぬ）。

裁判所は、いかなる事実に基づいて「被害者を死亡するに至らしめる足りる傷害が加えられた」と判断したのか、説示すべきである（殺害したというのならましてである）。¹⁶⁾ そうしなければ合理的な自由心証主義に基づく審判は担保できない。

4 そのためか、川出敏裕「ジャーナル」六号一二三頁は、訴因の特定の要件のうちの「特定の犯罪構成要件に該当するかどうかを判定するに足るに程度に具体的事実を明らかにしていること」では足りず、「特定の犯罪構成要件に該当する事実を、裁判所に対して合理的な疑いを超える心証を抱かせる程度に具体的に記載されてい」なければならぬとされ、堀江慎司「研修」七三七号七頁は、「検察官が訴因の明示により審判の対象を示すということの中に、既に、特定構成要件に該当することの確信を裁判所に抱かせるに足るだけの（最低限の）具体性を備えた事実を摘示することが含まれていなければならない」とされている。

これらの指摘は、訴因の明示・特定に関する要請が、民事訴訟法的意味における識別説の要請を超えたものであることを意味している（牽強付会であるとの誹りがあるかも知れない）。

六 1 民事訴訟において、原告が訴訟物たる権利について法律上の性質を主張することは、訴訟物の特定のために必要ではなく、また、仮に特定の権利を主張したとしても、それが裁判所を拘束するものでもない。原告に求められることは、特定の権利関係を基礎づけるに足る事実を主張することであり、それに基づいて法律上一定の権利関係が成立し、その内容として請求の趣旨に表示された給付内容が正当化される⁽¹⁷⁾。

したがって、民事訴訟では、刑事訴訟という法律構成説ではなく事実記載説がとられていることになる。しかし、他方において、法的観点指摘義務も重視されている⁽¹⁸⁾。

2 刑事訴訟においても、法的評価の変化と訴因変更の要否の問題として論じられているところである。事実記載説に立つ通説は、問題を消極的に解しているが、「訴因の法律構成的評価が変わるときは訴因の変更が必要となる」この点、法律構成が変われば訴因が変わるとする法律構成説の主張は、事実記載説に吸収されることになる⁽¹⁹⁾といった見解もみられる」。

3 なお、通説・判例は、罰条変更の要否について、被告人の防禦に「実質的な不利益」を生ずるおそれがない限り、罰条変更の手續をとることなく、起訴状の記載と異なる罰条を適用できるとしている〔実質的不利益の解釈については諸説ある⁽²⁰⁾〕。しかし、起訴状の記載と異なる罰条を適用する場合には罰条変更の手續をとるべきであるとしたうえ、罰条変更命令に形成力を認める見解もある⁽²¹⁾。訴因変更の要否の問題と絡め、議論を深める必要がある。法的評価は訴訟条件の存否ともかわっており、訴訟の帰趨を左右することもある。民事訴訟でも刑事訴訟でも、最早「我に事実を語れ、されば汝に法を与えん」では済まされない。

七 愚者の一得

1 民事訴訟における識別説と刑事訴訟における識別説の説明の微妙なずれが、訴因の特定に関する初学者の理解を困難にしている。識別説、理由記載説、防禦権説の関係を整理する必要がある。

2 訴因の特定の判例として、最決平成二二年三月一七日刑集六四卷二号一一一頁も重要である。これは、募金詐欺が一体として包括一罪と解されるのであれば、「募金の方法、その方法により募金を行った期間、場所及びこれにより得た総金額を提示することをもってその特定に欠けるところはない」として、包括一罪の場合の訴因について特定の緩和を認めたものである。確かに、包括一罪となると、個々の犯罪行為が他の犯罪事実と区別できなくても、二重起訴に当たるか、一事不再理効が及ぶかを識別するためには遺漏がない。明示(例示)された一部の犯罪行為が立証されれば、起訴された犯罪構成要件を充足する当罰性が備わっている。前述した理由記載説の要求を一応満たしているといえなくもない。

しかし、被告人の防禦の利益を考えると、包括一罪であるからといって、訴因の特定の緩和には限度があろう。また、「特定の犯罪構成要件に該当する事実を、裁判所に対して合理的な疑いを超える心証を抱かせる程度に具体的に記載されていなければならぬ(川出)あるいは「検察官が訴因の明示により審判の対象を示すということの中に、既に、特定構成要件に該当することの確信を裁判所に抱かせるに足るだけの(最低限の)具体性を備えた事実を摘示することが含まれていなければならぬ」(堀江)という要請に鑑みると、単なる一罪ではなく「包括一罪」という「特定の犯罪構成要件」に該当しているとの合理的心証を裁判所に対して抱かせるためには、被害者・被害金額などの特定が一定の限度で求められよう(包括一罪となると、併合罪加重はされないが、包括一罪を構成する各所為は、実質的に処罰の対象とされるものであって、単なる量刑資料ではない。したがっ

て、各所為についても、合理的な疑いを超える心証を抱かせる程度の具体性がなければならぬ。

3 審判の対象が不十分な場合、事件に全く関与していない被告人は、海図のないまま小舟で大海に放り出されたようなものである。事件に関与しておれば〔真犯人であれば〕、防禦のためながしかの対抗手段が考えられるが〔共犯者の虚偽供述が見破り難いことと表裏の關係にある〕、全く関与していない無辜にはなす術がない〔民事裁判で提出される詳細な陳述書は、攻撃側にとつて有力な攻撃手段であるが、防禦側にとつても有益な情報源となる〕。

4 審判の対象の特定の不備は、審理に支障をもたらすのみではない。そのまま判決が確定すると、執行力・既判力・一事不再理効の及ぶ範囲があいまいになる〔ベテランの執行官の嘆きである〕。債務名義の範囲が不明では執行も叶わない〔差し止め訴訟では、どのような行為をどこまで差し止めうるのか、土地明渡し訴訟ではどこまで明け渡すのか明かでない〕。基点が定まらなると、「舟に刻み剣を求む」結果となる。

(1) 「訴訟物を実体法上の権利」ごとに考える旧訴訟物理論(兼子・伊藤真)と「給付を求める法的地位(受給権)」ごとに考える新訴訟物理論(三ヶ月章、新堂幸司、高橋宏志)の激しい論争にもかかわらず、実務は旧訴訟物理論を墨守している。そこで、本稿では、原則として旧訴訟物理論に依拠し、訴訟物を実体法上の権利・刑罰請求権」ごとに考え、両訴訟の比較をしている。もっとも、いわゆる訴訟物論争における四つの試金石に言及しつつ議論を進めた方がよい場合もある。

(2) 山本「民法論点」一一三〇頁。

(3) 田宮「講義案」四七頁。井上「論点」六九頁は、「刑訴においても訴訟物を考えなくてはならない……その訴訟物とは、刑罰請求権の主張である」としている。刑罰請求権の発生根拠は、特別犯罪構成要件である。

(4) 「訴訟物」という言葉は、多くの刑事訴訟法の教科書から姿を消した。「取効行為」「予効行為」も然りである。ひどく納得していたニーゼの「二重効果論」もいつしか消えた。これらは、いわば「季語」のようなもので、歳時記に馴染んだものには多彩な世界が広がる。しかし、ギルドの呪文

であつてはならない。松尾浩也先生は、法律家が季語的用法を用いることを戒めておられる（来し方の記。それにしても、「季語」が通じなくなつた。「無」と「0」が同義語の時代である（ロースクールの学生に「八海事件」と読まれる時代である。最判四三年一月二五日刑集三二卷一―号九六一頁に関する議論も白熱化しない）。

(5) 請求の特定は、請求の趣旨と請求原因によつて行われる。ここにおいて、請求の特定のために必要な請求原因事実を「特定方法としての請求原因事実」といい、請求を理由あらしめるために必要な請求原因事実を「攻撃方法としての請求原因事実」という。なお、識別説に対し、訴状において「攻撃方法としての請求原因事実」も主張されなければならないとする見解を理由記載説という。この理は、新訴訟物理論でも変わりがない（川嶋・一七九頁には、「新訴訟物理論も、同一当事者間で同内容の複数の請求が発生するような場合（例、複数の貸金契約等が存在する場合等）には、請求の原因による補充が必要となるので、基本的には、識別説の立場に立つ」とある。民事訴訟においては、請求の特定があれば、請求を認諾することができるから、「攻撃方法としての請求原因」の主張がなくても、訴訟の決着がつくことはある。したがつて、理由記載説ではなく識別説をとる実益がある。しかし、刑事訴訟では、アレインメント制が導入になつても、量刑の問題が残るから、民事訴訟法的意味での理由記載説が問題にされることはない。あえていえば、理由記載説が当然の前提である（具体的な理由が明らかにならないと、予審も大陪審も審理ができない）。

(6) 前原遺体白骨化事件（最判平成一四年七月一八日刑集五六卷六号三〇七頁）の調査官解説では、訴因の特定の要件を、(1)特定の犯罪構成要件に該当するかどうかを判定するに足る程度に具体的事実を明らかにしていること、(2)他の犯罪事実と識別できること、(3)特殊事情が存すること（十分な供述や証拠が得られないため概括的な表示がやむを得なかつたときは、「犯罪の種類、性質等の如何により、犯行の方法等を詳らかにすることができない特殊事情がある場合」に当たること）、(4)当該概括的訴因が被告人の防禦の範囲を示すという刑訴法二五六条三項の目的を害さないこと、とされている（古江「演習」一九八頁参照）。

(7) 筆者が修習生の当時には、「特定方法としての請求原因」、「攻撃方法としての請求原因」、「理由記載説」という記述をよく見かけたが、最近では、「理由記載説」という表現をあまり見かけなくなつた。平成一〇年の民事訴訟改正時には、ドイツと同様「理由記載説」がとられることになつた、という議論もあつたが……。

(8) この点については、拙稿「覚えい判自己使用における訴因の特定について」同法五七卷六号六一頁以下で詳論した。いわゆる最低一行為説は、民事訴訟における「本件請求のほかに貸金請求権があつても請求しない」といわせる工夫（処理）を彷彿とさせる。もつとも、同説の理由づけは詰めが甘いような気がする（再訴の場合、免訴なのか、公訴棄却なのか）。

(9) 難波「規範的要件・評価的要件」一九七頁以下参照。

- (10) 上田・三二七頁によれば、通説は、弁論主義の適用される事実には間接事実や補助事実が含まれず、主要事実に限るとするが、正当事由や過失などの規範的価値概念は、例えば、消費貸借契約の要件事実である返還約束、金銭授受、あるいは弁済といった事実概念と異なり、個々の具体的な事実とその複合が裁判官の価値判断を通してこれらの構成要件を充足すると判断される(法的評価)であって、弁論主義の適用させる具体的事実はまさにこの法的評価の対象となる間接事実であるとする説、弁論主義の適用されるのは原則として訴訟の追行・運営の目標の明確性を確保しつつ、ただ主要事実は要件事実に限定せず一部はいわゆる間接事実(準主要事実)にまで拡大して弁論主義の不意打ち防止機能の充実はかかる説(この説では、正当事由や過失などの不確定概念による要件事実の場合は、その存否の判断につき個別事実をめぐる法的評価を要し、それ自体はもはや弁論主義の適用されるべき主要事実ではなく、酒酔い運転やわき見運転等の具体的事実こそが当事者の主張がなければ裁判の資料となしえない「準主要事実」とみる)、主要事実と間接事実の区別を維持しつつ、弁論主義の対象としてはなにご当が、当事者の弁論活動の指針(不意打ち防止)及び裁判所の審理活動の目標の明確性の二つの要素を考慮して個別的に判断し、判例・学説の積み重ねによって類型化をはかるべきであるとする説がある。なお、笠井「判夕」九二二頁六頁は、「規範的」であるとか「一般的」「抽象的」「不特定」といった定義は、それ自体が相当いまいものである。なお、藤井「判夕」九二二頁六頁は、「規範的」であるとか「一般的」「抽象的」「不特定」といった定義は、それ自体が相当いまいものである。とならざるを得ず、具体的事実が当該法律要件に該当するかどうかの法的判断を当然予定されているのではないかとの疑問がある」とされている。刑事における構成要件該当事実についても、同じことがいえよう。例えば、「暴行」などがそれである。「省線電車に押し込む行為は暴行なりしや?」(藤木先生)。

(11) 遠藤「民事訴訟における手続保障」二四一頁。

- (12) 藤井「訴因及び罰条の概念及びその記載方法」九三二頁。土本「訴因の特定」一三三頁も同旨である。札幌高函支昭和二四年七月二五日特一案八号五頁は未遂事件につき、名古屋高判昭和二四年五月二四日特報一号一六六頁は恐喝事件につき、同旨の説示をしている。なお、「判決起案の手引き」二八・二九頁も、判決起案における「罪となるべき事実」の過失や未遂の記載例についての注意事項として、注意義務の存在・内容や実行の着手に該当する事実を具体的に記載しなければならぬとし、誤って、「不注意にも」、「金品を窃取しようとしたが」では不十分であるとしている。なお、近時、同趣旨の下級審判決が見受けられる。

- (13) 他の訴訟物との識別には問題がないが、「当該請求を理由あらしめるに足りる事実や刑罰請求を理由あらしめるに足りる事実(犯罪特別構成要件)のすべてが主張されているといえるか」という問題である。なお、平野「訴因概説」五四頁は、通説と異なり、「罪となるべき事実は現実の事実である具体的な事実である。したがって日時、場所も亦その要素をなすといわねばならない。方法に至ってはなおさらである。罪となるべき事実から

具体的な事実を抜き去ってしまったのでは、罪となるべき事実は全く抽象的な事実になってしまふ」とされる一方、過失犯については、「必ずしも、どういう注意義務があったかを記載する必要はなく『漫然ど』という記載で足りる場合もある。冒頭陳述で、事実の内容は詳細にのべられるのであるから、起訴状の記載は、ごく簡単に足りると思われる」(平野一三四頁)とされているのが興味深い。団藤先生の見解と対象的である(三井・一九六頁)。

(14) 傷害について前述した「凶器を用いたか、あるいは手拳または平手で打撃を与えたという程度まで具体性を要する」という見解に従うと、「手段不明の暴行を加え」といった程度では具体性を欠き、訴因の記載に不備があるということになる。もともと、具体性の程度は、結果との関係で異なっており(手段が不明でも、結果から加えられた暴行の程度を推認することが可能なケースはある)。

(15) 佐藤「傷害致死事件における訴因の特定」重判解説(一四年)一八一頁は、この程度の特定でも、「アライバイ主張のほか、有効な防禦方法として、暴行に関与したこと自体の否認、その暴行が致命的であったことへの反証、さらに違法性阻却、責任阻却の事由の主張が、犯罪手段につき明確な表示を欠くことよって不可能となるわけではない」としている。手段が不明であっても、アライバイや暴行に関与していないとの立証はなしえよう。

(16) 札幌地判平成一三年五月三〇日(いわゆる城丸君事件)判時一七七二号一四四頁では、「不詳な方法で殺害した」とされているが、ここでも、殺人罪における殺害行為の意味が問題となろう(前掲注(14)参照)。

(17) 山本「民法の論点」一七二頁。なお、山本教授も、法的観念指摘義務を重視されているが、「訴訟物を提示するときに原告がこういう法的主張であると主張しても、それに裁判所は拘束されないという前提である」とされている(なお、最判平成一四年九月二日判時一八〇一七二頁は、釈明義務違反にはなるとする)。

(18) 徳田「基礎理論」八六頁、山本「民事訴訟審理構造論」一七頁、高橋(上)四五頁以下。

(19) 田口・三一六頁。

(20) 最決昭和五三年二月一六日刑集三卷一四七頁。

(21) 平野・一四三頁、三井・一九二頁、田口・三一八頁。

第五 一部請求と一部起訴

一 民事訴訟における「一部請求」とは、数量的に可分な給付を目的とする請求権について、その数量的一部を分割して訴求することである。あえて一部請求をする理由は様々であるが、審判の対象そのものとしての「請求の一部」とか「訴訟の一部」(民訴法三三四条参照)ではない。⁽¹⁾

刑事訴訟における「二罪の一部起訴」には、単純一罪や科刑上一罪の一部を起訴するような量的な意味での一部起訴と強盗罪を恐喝罪で起訴するような質的意味での一部起訴がある。

二 民事訴訟の一部請求では、「一部に限定した最初の訴えが二四六条により適法であることを前提としたうえ、残余の請求が許されるのか」という点が問題とされ、刑事訴訟の一部起訴と異なり、「当該請求自体が許されるのか」は問題にならない。⁽²⁾これは、処分権主義の当然の帰結である。

残余の請求ができるかについては、全面適法説、制限適法説、不適法説、具体的手続保障説の対立がある。

消極説は、「債権者たる原告が訴外で一個の債権を分割して行使できるとしても、そのことから、直ちに訴訟法上も同様に債権の分割行使を認めることにはならない。後者の場合には、被告サイドの数度にわたってかわらざるをえない応訴上の煩わしさとか、裁判の重複・矛盾の可能性など紛争解決制度の在り方との関係で考慮すべき訴訟政策がある」として、「国家制度の運営という観点(公益的要因)」を重視し、先行した一部請求の確定判決の効力(既判力)が、残額請求に対しても及ぶとする。⁽³⁾

三 刑事訴訟の一罪の一部起訴では、①第一に当該起訴自体が許されるか、②第二に当該起訴自体は許されるが、その判決の確定後残部の起訴が許されるか、③第三に一罪の一部起訴が併合罪として起訴された場合（これを「仮性併合罪」と呼ぶことにする）、①分離して別の裁判所で審判できるか（例えば、常習窃盗一罪を構成する複数の窃盗行為を別々の裁判所に起訴することが許されるか、あるいは（強盗致傷を窃盗と傷害とで起訴することが許されるにしても）、これらを別々の裁判所に起訴することが許されるか）、②仮性併合罪に加重をしてよいか、が問題となる。

四 第一の意味の一部起訴について

この問題については、拙稿「一罪の一部起訴に関する実務上の諸問題について」同法五六卷六号五三三頁で論じたが、民事訴訟との関係で新たに論ずべき点は見当たらない。

あえていえば、強姦罪等の告訴期間が撤廃されたため、「起訴事実が暴行であるが、本来は強姦罪であるから、告訴を欠く本件公訴は棄却されるべきである」などといった破廉恥な主張はリスクを伴うことになったことがあげられよう〔現在法制審で問題になっている強姦罪の非親告罪化が実現されれば問題はほとんど解消しよう。ちなみに、「被害者は告訴したいが、そうすると家族は村（ある地方都市）にいられなくなる。父親は仕事を失う。そんな被害者の無念を体し、一矢報いんがための暴行による一部起訴……。そうでもなければ、被害者の味方の検察官が一部起訴などしないよ……。なにもわかつちやいないな……。』（老検事の話）〕。

五 第二の意味の一部起訴について

1 この問題については、最判平成一五年一〇月七日刑集五七巻九号一〇〇二頁（以下「最高裁判平成一五年判決」という）を素材として、拙稿「一事不再理効について」『大谷實先生喜寿祝賀記念論文集』で論じたが、民事訴訟では、前記二のとおり、諸説ある。

2 ちなみに、検察官が一罪の一部を起訴したのか、それとも一罪の全部を起訴したのかは、検察官の意思によるが、その意思が明示されていない場合には、裁判資料から、検察官の合理的な意思を解釈（推認）するほかない（後記第十六の〔注（12）参照〕）。

裁判上、この合理的意思を解釈するのは裁判官であるから、検察官がその意思を明示しない限り、検察官の意思は裁判所の心証（証拠）に委ねられることになる。

六 第三の意味の一罪の一部起訴（仮性併合罪）について

1 仮性併合罪を分離して審判できるか

民事訴訟では、判例のように一部請求が許されるとの立場をとるにしても、同時に別訴として請求すれば、二重起訴に当たり許されないとする立場もある。⁴

しかし、刑事訴訟では、一罪の一部が別々に起訴された場合、二重起訴に当たり許されまい。もっとも、最高裁判平成一五年判決の「弁論上程云々」の論理によると、一罪の一部を別々に起訴することが可能である（ただし、常習特殊窃盗罪などの特別な犯罪類型に限られるか否かについては議論が分かれよう。この点については、前出の拙稿「一事不再理効について」で詳述したところである）。

2 仮性併合罪に併合罪加重できるか

併合罪とは、「確定裁判を経ない数罪」をいう。仮性併合罪の場合、本来は一罪であるから併合罪加重するのは背理である〔被告人が住居侵入してAとBを殺害した場合、有期刑の上限は二〇年であるが、住居侵入罪が起訴されないと、併合罪加重により上限は三〇年となる〕。それを避けるため検察官に不起訴部分を起訴させるべきであるとする論者もいる〔一部を起訴しなかったことが被告人に不利益を招来するからといって、それを解消するため、残部の起訴をさせるといふ発想には違和感がある〕。しかし、その必要はない。「併合罪に当たること」は、刑罰の加重事由であるから、検察官に挙証責任がある。検察官は、数罪であること、すなわち一罪ではないことを立証しなければならぬ〔刑罰権の範囲を画する事実であるから、厳格な証明が必要である〕。裁判所が、数罪であることに疑問を抱けば、併合罪加重は許されないし、単純に加算（加重）することも許されないと解すれば足りよう。

そうすると、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従えば、一罪として処断するほかない⁽⁵⁾。そうしたからといって、訴因となっていない事実を認定したことにはならない〔訴因が審判の対象である〕ということの意味が問われるべきである〕。

七 愚者の一得

1 民事訴訟における一部請求論からは、刑事訴訟における一罪の一部起訴の問題を考えるうえで、様々な視点が見られる〔「一部請求」になるかどうかは、いわゆる訴訟物論争における四つの試金石の一つである〕。

2 この問題について、最判昭和三七七八月一〇日民集一六卷八号一五一六頁は、明示的一部請求肯定論説〔基本

的には一部請求を認める立場であるが、給付が求められている部分が債権全額の一部であることが明示されている場合には、その一部のみが訴訟物となるという見解」をとっている。

3 この考え方を一罪の一部起訴に当てはめると、「検察官において、当該起訴が一罪の一部請求である旨を明示した場合には、後訴において残部の起訴が可能である」ということになる。しかし、被告人の手續負担を考えると、そのような結論は容認できない。

果たして、最高裁判平成一五年判決は、「前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性についての判断は、基本的には、前訴及び後訴の各訴因のみを規準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当である。本件においては、前訴及び後訴の訴因が共に単純窃盗であつて、両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として訴訟手續に上程されおらず、両訴因の相互関係を検討するに当たり、常習性の発露という要素を考慮すべき契機は存しないのであるから、ここに常習特殊窃盗による一罪という観点を持ち込むことは相当でない」〔傍線は筆者が付した〕としている。

したがって、この判決の「両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として訴訟手續に上程されおらず、両訴因の相互関係を検討するに当たり、常習性の発露という要素を考慮すべき契機は存しないのであるから」という説示に鑑みると、「検察官において、当該起訴が一罪の一部起訴である旨を明示した場合」には、これを公訴事実の同一性の判断に持ち込むことを容認しているといえよう。一罪の全部について訴因変更が可能であるし、一事不再理効も全部に及ぶ。

4 それでは、検察官において、一罪の一部起訴であることを明示していないが、「検察官において、一罪を構成する余罪の存在を知っていた場合」にはどうすべきか。

(1) 民事訴訟では、一部請求棄却判決後の残額請求について、最判平成一〇年六月一二日民集五二巻四号一一四七頁は、信義則で後訴を排斥している。刑事訴訟においても、これが参考にされてよい〔民事訴訟では、一部請求認容判決後の残額請求の場合、明示説によると、信義則で後訴を排斥することはできない。しかし、刑事訴訟では、別異に解さねばならない〕。最高裁平成一五年判決の常習特殊窃盗のような場合でも、検察官が余罪のあることを（例えば、起訴可能が十分あると）知っていたのであれば、前訴が有罪とされたか無罪とされたかを問わず、後訴を排すべきである。もつとも、どの程度「知っていた」かによっても結論は異なつてこよう〔単純一罪や牽連犯のような場合については、前出の拙稿「一事不再理効について」参照〕。

(2) 刑事訴訟では、債務不存在確認請求（無罪であることを確認する訴訟）は認められない。あくまで受け身である。現実が生じる不安定さは、一事不再理効、証拠保全等を活用して解消するほかに、公訴時効が完成するまで続く「公訴権濫用の主張と共に、「不当な起訴（嫌疑を欠く起訴）であるから、直ちに国賠訴訟も提起する」と宣われた弁護士がいたが……。〕。

(3) 民事訴訟でも、判例は、将来の権利関係の確認について比較的厳格に否定的な態度をとっている（川嶋・二四二頁）。

もつとも、労働者たる地位の確認など将来の権利関係の確認を肯定した裁判例はある（東京地判平成一九年三月二六日判時一九六五号三頁）⁶。

(1) 納屋廣美「民法法の争点」一四四頁。

(2) 高橋〔上〕八八頁。

(3) 納屋「民法法の争点」一四六頁。民事訴訟では、分割起訴について、次のような議論がなされている（上田・一九二頁の要旨）。理論状況を確認

しておこう。

(1) 分割請求肯定説はいう。処分権主義（民法二四六条）を貫徹すれば、裁判所は、原告の一部請求の申立てに拘束されるから、その部分についてしか判決をなしえず、申立事項以外の残部について判決の既判力は及ばない。したがって、後訴を提起しうるはずである（村松俊夫「金銭債権の一部請求」民訴雑考七八頁）。

このような処理の仕方は、原告の意思に合致し、原告との関係では不意打ちを招来することもない。しかし、被告が右の一部請求を請求額を減縮した全部請求と考えてそのつもりで、例えば過失につき自白するなど安易な訴訟を進行したような場合を考えると、残部請求の後訴が許されることは、被告に対しては不意打ちとなり手続保障上問題を生じる。また被告にとっては、いわゆる応訴の煩を結果し、被告側の一回的解決要求に反する。また、裁判所ないし公共の観点から一回的・統一的解決要求にも反することになる。

(2) 明示説はいう。一部請求であることが明示されておれば訴訟物はその一部に限定される。したがって、前訴判決の既判力は残部請求の後訴には及ばず、後訴を提起しうる（最判昭和三十七年八月一〇日民集一六巻八号一七二〇頁）。

(3) 抽象的手続保障説はいう。訴訟の過程での両当事者の主張・立証の態様など手続保障をも考慮して残部請求の可否を個別的に判断すべきである。したがって、一回的解決要求が処分権主義に基づく原告の分割請求の利益を上回る場合は許されない（新堂・二九四頁）。

(4) 具体的手続保障説はいう。抽象的手続保障説では、その手続内容が抽象的過ぎる。一部請求の前訴において残部までも主張しておくべきで、当事者にとつての必要性（提出できたか）ではなく、「提出すべきであったか」および可能性の観点からする具体的手続保障が強調されるべきである。ただし、前訴で提出しておくべきであったかの判断にあつては、争点効と同様に前訴の個別具体的手続過程との関係で、個別に信義則の適用により手続保障の要求の充足の有無によつて残額請求の可否が判断されなければならない（井上「法教二期五八号」）。

(5) 実体関係的手続保障説はいう。一回的解決要求の実現による訴訟機能の維持も手続保障の充実は共にその実現が可及的に追求されなければならない評価規準である。両請求のどの部分かどのような形で実現されるべきかの検討が必要である（上田・一九五頁）。

(4) 納屋「民法の争点」一四六頁参照。

(5) この理は、前出の拙稿「二罪の一部起訴に関する実務上の諸問題について」同法五六巻六号五三三頁で詳しく論じた。

(6) 労働争議の後には、形成権の不存在確認を求め、仮の地位を定める仮処分の申立てがなされるケースも想定されよう（かつて労働仮処分事件を担当していたころには、「断行的断行の仮処分」を求め、「団交の場」が裁判所に移された感があった。更に遡ると、労働事件における断行の仮処分は多くが、「ロックアウト」という時代もあった）。

第六 主張事実の変更と訴因変更の要否

一 民事訴訟では、主要事実あるいは準主要事実について当事者の主張がないと裁判の資料となしえない〔弁論主義の第一テーゼである〕^①。しかも、民事訴訟では、主要事実に関する自白には拘束力があるから、その意味でも主張と異なる認定には制約がある〔弁論主義の第二テーゼである〕。自白が撤回されない限り、異なる事実の主張も許されない。

しかし、この原則を徹底し、主張事実と認定事実とが細部まで一致していなければならないとすると、手続が煩瑣となり、裁判の機能は麻痺する。

そこで、くい違いの許容度が問題となる。認定しようとする事実と原告の主張とのくい違いが大きく、訴訟物の変更になる場合には、訴えの変更が必要となるが、(民訴法一四三条二項)^②、訴訟物の変更にならない場合でも、不意打ちになるおそれがある場合には、主張の変更が必要である〔ここにおいて、くい違いの大小は、不意打ちの程度で測られる〕^③。

2 この問題について、最判昭和三二年五月一〇日一民集一一卷五号七一五頁(以下「最高裁昭和三二年判決」という)は、「当事者の主張した具体的事実と、裁判所の認定した事実の間に、態様や日時の点で多少のくい違いがあっても、社会通念上同一性が認められる限り、当事者の主張しない事実を確定したことにはならない」として、医療過誤による損害賠償請求事件において、原告が問題の皮下注射を一月二六日と主張したのに対し、裁判所が証拠によって一〇月二三日と認定したとしても、弁論主義違反にはならないとしている。主張事実と認定事実にくい違いがあっても、それが当事者の意思に反するものとはいえず、かつ、相手方との関係で不意打ち

となるものではない限り同様と解される〔ここでは、当事者の意思に言及している〕⁴。

3 しかし、「たとえ不意打ちにならずまた真実発見機能も阻害しない場合でも、争訟内容の自主的決定機能の点でも問題を生じ、裁判の公正さに対する信頼を確保しえないおそれがあるような場合」には問題がある⁵。

4 そうすると、認定事実とのくい違いの許容性の基準は、(1)当事者の意思に反していないか〔これを「第一要件」という〕、(2)不意打ちにならないか〔これを「第二要件」という〕、(3)裁判所の公正さに対する信頼を損なわないか〔これを「第三要件」という〕に求められるべきである⁶。

二1 これに対し、刑事訴訟では、訴因事実と認定しようとする事実との間にくい違いが生じた場合、その違いが大きく訴因の同一性を欠くときは、訴因を変更しなければならぬ。また、訴因の同一性を欠くことにならなくても〔訴因の拘束力が及ばない〕、不意打ちになるおそれがあるときは、そのまま認定すると争点逸脱認定となる⁷。したがって、訴因事実と認定事実の間にくい違いは、訴因変更を要するものとそれ以外の措置で足りるものに分けられることになる。

2 訴因変更の要否の基準をなかに求めるかについては、事実記載説と法律構成説（構成要件説・罰条同一説）の両説がある。

この見解の対立は、訴因の本質や機能さらには審判の対象論から導かれるものであるが、事実記載説が通説である。法律構成説は、第一要件、第三要件の有無の判断を容易にすることができるが、第二の要件の判断については問題がある。事実記載説は、訴因の本質や機能さらには審判の対象論に適っており、第一ないし第三の要件の有無の判断をすべて対象にしているが、それだけでは具体的な判断基準として機能しない。

3 そこで、第二要件である被告人の防禦上の不利益をどう考慮するかについて、①具体的防禦説は、現実の審理

の経過を踏まえて防禦上の不利益を個別的・具体的観点から判断すべきであるとし、②抽象的防禦説は、抽象的・一般的観点から判断すべきであるとし、③二段構えの防禦説は、抽象的・一般的な観点をほか個別的事案に即応した具体的防禦上の不利益を考慮して判断すべきであるとする。

なお、これらの基準を補足・修正するものとして、縮小理論がある⁽⁹⁾。これは、新たに認定しようとする事実が訴因事実に含まれており、訴因事実について防禦をすれば、新たに認定しようとする事実の防禦が、抽象的・一般的観点から尽くされているといえるときには、訴因変更を要しないとするものであつて、「これが、包摂関係にあるといわれることの意味である」、抽象的防禦説の論理的帰結であるとされている⁽¹⁰⁾。

4 もつとも、個別的・具体的といつても、抽象的・一般的といつても、その基準は必ずしも明確ではない。訴因事実と認定事実とを抽象的・類型的に比べるといつてみても、具体的事案の内容を離れてはほとんど意味をなさないといった実務家からの指摘もある⁽¹¹⁾〔例えば、わずかな犯行時刻の変動でもアリバイ立証の観点では、抽象的・一般的に防禦上「不利益をもたらす」〕。

いずれにしても、どのような場合に抽象的・一般的観点から訴因変更が必要かは、訴因の本質・機能から演繹するほかない。

5 (1) 訴因の防禦機能という観点から、訴因変更の要否の抽象的・一般的な基準を考えると、訴因変更が必要な場合としては、以下ケースが考えられる。まず、抽象的防禦説の立場から検討してみよう。なお、抽象的防禦説と最判平成一三年四月一日刑集五五卷三号一二七頁（以下「最高裁平成一三年決定」という）との関係については後述する（後記6(2)参照）。

① 訴因事実（以下「A事実」という）と新たに認定しようとする事実（以下「B事実」という）が異なる構

要件に該当する場合〔△例▽窃盗⇕詐欺〕

なお、過失犯のような開かれた構成要件の場合、過失の具体的内容をどう位置づけるかにより、その変更をどう扱うかについて別異の考察が必要となる。

ちなみに、田宮・一九七頁には、「最近の実務では、訴因として、①注意義務を課す根拠となる具体的事実、②注意義務の内容、③注意義務違反の行為（過失の態様、事故の状況、因果関係を構成する事実など）を揚げるようになった。このうちもつとも重要なのは③であるから、それに違いをきたせば、訴因変更を要すると解すべきであろう。判例は、「発進の際のクラッチペダルの踏みはずしによる過失とする訴因に対し、停止の際のブレーキ操作の遅延を認定するには、訴因変更を必要とするとしている（最判昭和四六年六月二日刑集二五巻四号五八八頁）」とある（なお、後記三参照）。

② A事実とB事実の一方が修正された構成要件に該当する場合〔△例▽単独正犯⇕共同正犯〕

〔単独犯から共同正犯への訴因変更について〕

① 「Xは、Yと共謀のうえ、Xにおいて、Vを殺害した」という事実へ△A型▽。

共謀の事実が、当初の訴因に含まれていない。しかし、その事実が加わることににより、一般的・抽象的にみて、Xの防禦に不利益が生ずるとは認めがたい。

最判昭和三四年七月二四日刑集一三巻八号一一五〇頁は、単独犯の訴因から訴因変更の手続なくして共同正犯を認定した事案について、被告人に不当な不意打ちを加え、その防禦権の行使に不利益を与えるおそれはないことから、訴因変更の必要はないとしており、訴因変更が不要な場合であることを承認している〔この判決が、抽象的防禦説を前提とするか否かによって、その意義は異なつてこよう。ちなみに、三

井・二〇二頁によると、抽象的防禦説が目立つようになるのは、一九六〇年代ころからであるとされているが、この判決は引用されていない。もつとも、それまでも、個別の事例を検討すると、具体的防禦説では説明がつかないケースが散見されるようである。もつとも、共謀の事実が認定されると、公訴時効(刑法二五四条二項)の關係で訟訴訟条件が具備することになるケースもあるから、共謀の有無が防禦上重大な意味を有することはある。

② 「Xは、Yと共謀のうえ、Yにおいて、Vを殺害した」という事実へ△B型▽。

この場合は、一般的・抽象的にみて、Xの防禦に不利益が生じないとはいえない切れない〔Xがアリバイを主張してその立証を尽くしたところ、Yが実行行為者であるとの認定がなされたのでは、不意打ちも甚だしい〕。したがって、訴因変更を要すると解すべきである。

〔共同正犯から単独犯への訴因変更について〕

① 「Xは、Yと共謀のうえ、Xにおいて、Vを殺害した」という事実から△C型▽。

A型と真逆の關係にある。この類型では、訴因事実から共謀の事実が抜け落ちたに過ぎず〔新たに認定しようとする事実は、訴因事実に含まれている〕、縮小理論が作動するから、訴因変更は不要であろう(調査官解説・三二六頁)。

② 「Xは、Yと共謀のうえ、Yにおいて、Vを殺害した」という事実から△D型▽。

この場合は、実行行為者に変更があるから、一般的・類型的に防禦上の不利益があるとみるべきであり、訴因変更を要するものと解される。

なお、東高判平成一〇年七月一日高刑集五一卷二号二二九頁(ロス疑惑銃撃事件)は、共同被告人との

共謀による殺人の訴因のもとで、氏名不詳者との共謀による殺人を認定することは、その者の行為を介して実行行為を行ったと主張されている意味で、実行行為の内容そのものに直結した主張内容の変更であり、氏名不詳者との共謀について防禦の機会を奪う不意打ちであり、訴因変更が必要であるとしている。

③ 「Xは、Yと共謀のうえ、XまたはYまたはXおよびYにおいて、Vを殺害した」という事実から△E型▽。

この場合は、①と同様であり、訴因変更は不要である。

③ A事実とB事実が異なる構成要件に該当するわけではないが、行為類型が異なる場合（△例▽営利目的⇕わいせつ目的⇕結婚目的⇕生命・身体への加害の目的）

この場合には、行為類型毎に複数の構成要件が規定されていると解することが可能である（「目的犯における「目的」は、単なる動機ではなく、構成要件を構成する重要な事実である」。そうすると、このケースは、①の問題に解消されよう。

④ A事実とB事実が該当する構成要件も行為類型も異なるわけではないが、争点となっている事実に変更がある場合（△例▽アリバイが争点の場合の時・場所・方法）

ちなみに、田宮・一九七頁には、「犯罪の時・場所・方法は、アリバイ関係で犯罪の成否に影響する場合は別として、判例上変更を要しない」とある。

⑤ A事実とB事実が該当する構成要件も行為類型も異ならず、争点となってもいないが、その違いが量刑に大きく影響する場合（△例▽傷害の程度・所持の数量）

ちなみに、田宮・一九七頁には、「その罪となるべき事実の特徴を形成する行為（態様）または結果に違

いを生ずれば、変更の必要がある。被害物件の数量・額・傷害の程度などが増大した場合が、その適例である(最決昭和四〇年二月二日刑集一九卷九号八二七頁八法人税法違反の勘定科目の増減にかかわる事例で、変更を要するとした¹⁾)とある。

(2) 二段構え防禦説では、抽象的・一般的に前記①ないし⑤に当てはまらなくとも、具体的審理の経過において、被告人の防禦に重大な影響がある場合には訴因変更が必要となる(「二段構え防禦説をとらない場合には、争点顕在化義務の問題にならう」)。

6(1) これに対し、訴因の機能を審判の対象を特定するという観点(防禦という機能は、審判の対象の特定の反射的機能であるという観点)から、訴因変更の要否の抽象的・一般的な基準を考えると、訴因には、「審判の対象の特定するために必要不可欠な部分」と「その他の部分」があり、前者の変動はつねに訴因変更を必要とするが、後者の変動は必ずしも必要としない。

(2) 最判平成一三年四月一日刑集五五卷三三二七頁(以下「最高裁平成一三年決定」という)は、そういった観点に従ったものと思われる。

なお、「審判の対象の画定という見地から必要不可欠な部分」とされる事項と抽象的防禦説のいう抽象的・一般的に防禦上不利益な事項の関係については、これを同一と解する見解と一つの要素に過ぎないと解する見解がある²⁾。

(3) 最高裁平成一三年決定によると、いかなる事項が「審判の対象の画定という見地から必要不可欠な部分」(以下「絶対的要変更事実」という)に当たするのか、「その他の部分」(以下「相対的要変更事実」という)に当たするのかは、必ずしも明確ではない。「審判の対象」が検察官の主張である訴因であるとすると、「審判の対象」

を決するのは検察官の意思であるから、なにか「審判の対象」であるかという問題は、なにかが検察官の合理的意思と解すべきかという問題にほかならない。そうすると、審判の対象を画定する要素に防禦的機能が大きくかわるとはいえない」。

前記5(1)のうち、①ないし③のケースについては、「絶対的要変更事実」の変動であって、縮小理論が作動しない限り、訴因変更を必要とするといえよう。

前記5(1)のうち、④と⑤のケースについては、「その他の部分」の変動であって、原則として訴因変更が必要であるが、不意打ちにはならず、かつ、被告人に不利益がない限り、訴因変更は必要でないといえよう〔ここにおいて、「不利益」の意味は必ずしも明らかでない〕。

(4) 縮小理論については、新たに認定しようとする事実が訴因事実として黙示的・予備的に主張されているといえるから「もつとも、訴追意思の有無が微妙なケースがある。そのような場合には、釈明しなければならぬ。その結果、訴追意思が確認されれば、訴因変更の手続をとる必要はない」、最高裁平成一三年決定の埒外の問題である〔予備的訴因を認定したに過ぎない〕という理解が有力である⁽¹³⁾。そうすると、最高裁平成一三年決定の二段階目における防禦上の配慮要請は、争点顕在化の問題となろう〔縮小認定により、公訴時効や親告罪などの訴訟条件の存否が問題になってくる〕。

ちなみに、強制わいせつの訴因で公然わいせつの事実を認定することは、「公然性が強制わいせつの訴因に含まれていないから許されない」という。それでは、例えば、「満員電車の中で」などという「公然性を窺わせる事実」が明示されていたらどうであろうか。否定的な見解が有力であるが、事実記載説との整合性をどうとるのであるか（『刑事訴訟法ワークブック』の解説（鈴木茂嗣）は肯定的である）。罰条変更の問題も絡んで

こよう（前記第四の六三参照）。

三 愚者の一得

1 具体的事例について当てはめてみよう。

(1) 共同正犯における実行行為者の変更について

殺人の共同正犯における実行行為者の記載は、「絶対的要変更事実」ではなく、「相対的要変更事実」である〔最高裁判平成一三年決定の立場である〕。①ないし③のケースではない。④のケースであろう。⁽¹⁾

(2) 単独犯の訴因で共同正犯を認定する場合について

この場合、A型・B型のいずれの場合も、共謀の事実を認定することは、異なる構成要件事実を認定することであり、しかも、縮小理論が作動しないから、訴因変更が絶対的に必要と解すべきである。

ちなみに、最決平成二年七月二一日刑集六三卷六号七六二頁は、単独犯として起訴された事件に共謀共同正犯が存在すると思われる場合に訴因⁽²⁾どおり単独犯の認定をすることは許されるとしている〔具体的刑罰権の発生根拠となる事実の主張に遺漏はない。問題は、単独犯と共同正犯の本質をどう理解するかである〕。

(3) 共同正犯の訴因で単独犯を認定する場合について

C型とE型の場合には、縮小理論が作動するから、訴因変更は不要であるが、D型については、絶対的に訴因が必要であるというべきである。

(4) 犯罪の手段・方法について

現住建造物放火における放火行為の記載は、「絶対的要変更事実」には当たらないが、「一般的に被告人の防

禦にとつて重要な事項」であるから、「相対的要変更事実」ではある。¹⁵⁾ ①ないし③のケースではない。④のケースであろう。

(5) 過失犯の訴因について

過失犯の訴因について、①注意義務の発生根拠となる具体的状況、②注意義務の内容、③注意義務違反の具体的態様の三段階が問題となる。

判例は、①について「訴因としての拘束力」はないとしているが、最決平成一五年二月二〇日判時一八二〇号一四九頁は、「(三段階のうち)③の事項のみが、訴因変更の要否の問題に取り込まれるに過ぎず、①及び②はそこから除外されているように思われる。¹⁷⁾ しかし、この決定は、最高裁平成一三年決定に全く言及しておらず、過失犯についても同決定が基準が適用されるのか、適用されるとすると、①ないし③の事項がどう位置づけられるのかは不明である。

過失犯の構成要件はいわゆる開かれた構成要件であつて、前記第四の五でみたとおり、過失という価値的・規範的評価の根拠となる事実が具体的に主張されなければならない(注意義務の発生根拠となる具体的状況から、注意義務の内容が確定される必要がある)。そうすると、②の注意義務の内容及び③注意義務違反の具体的態様の変更は、前記5(1)のうち、「①A事実とB事実の一方が異なる構成要件に該当する場合」と同視する余地があるから、最高裁平成一三年決定の基準を適用すれば、第一段階に当たるともいえよう。¹⁸⁾ ①のケースである。

(6) 所持量・傷害の程度・被害額について

①所持罪における所持量、②傷害罪における傷害の程度、③財産犯における時価評価の変更をどう処理す

べきかについても、実務上よく生じる事態であるが、これらは、④あるいは⑤のケースである。仮に訴因変更は不要でも、争点顕在化義務違反の問題は生じよう。

(7) 動機について

動機については、それが明示されていても、訴因としての拘束力はなく、訴因変更の問題は生じないと思われる。ただし、争点顕在化義務違反の問題にはなろう。「義憤にかられ」が「保険金を詐取するため」に変われば、量刑上の不利益は甚だしい」。

(8) 刑の減免事由等について

〔未遂について〕

公訴事実中止未遂であることが明示されていた場合、それと異なる認定をすることが許されるか（検察実務では、起訴状の中に、障害未遂か中止未遂かを明示しているし、「起案の手引き」にも、「未遂の原因たる事実を具体的に摘示することにより、障害未遂か中止未遂かを区別できるようにしなければならない」とある。そうすると、起訴状の公訴事実欄の記載と認定しようとする事実との間に齟齬を来す場合が出てくる）。

必要的減軽事由の主張は、いわば刑罰請求権の一部行使に相当するものであり〔訴因は、刑罰請求権の根拠となる特定の犯罪構成要件に関する犯罪の成立要件の主張である。そう考えると、その一部を欠く旨の主張は、いわば刑罰請求権の一部行使（一部起訴）であって、審判の対象を一部に限定したものといえなくもない〕。検察官の訴追裁量権〕に関わる問題である）、民事訴訟法的にみると、訴えの変更のうち、請求の趣旨の変更には匹敵するものであるから（後記第七の一の①または③）、他の「絶対的要変更事実」とは質的に異なるが、訴因の変更が絶対的に必要というべきであろう〔この点について、教えを乞うた研究者や実務家の間では、訴因

変更が必要なことについて異論はないものの、理由づけについては異論があった」。

〔心神耗弱等について〕

公訴事実に刑の減免事由が明示されていた場合、それと異なる認定をすることが許されるか〔檢察実務では、起訴状の中に、刑の減免事由についても（例えば、「右は心神耗弱中の犯行である」）明示しているし、「起案の手引き」にも、「刑の減免事由は、心神耗弱等のような犯罪事実自体と関係のない事実の場合には、罪なるべき事実の末尾に摘示するのが通例であるが、過剰防衛のように犯罪事実自体に関する事実の場合には罪なるべき事実の摘示の中で具体的に記載する」とある。そうすると、起訴状の公訴事実欄の記載と認定しようとする事実との間に齟齬を来す場合が出てこよう〕。

（ここでも、必要的減軽事由の主張か裁量的減軽事由の主張かを分けて考えるべきである。前者の場合は、中止未遂の場合と同様、いわば刑罰請求権の一部行使に相当するものといえるから、「絶対的要変更事実」と解すべきであり、後者の場合は、刑罰請求権の一部行使に相当するとまではいえないから、「相対的要変更事実」と解すべきである。

ちなみに、「起案の手引き」には、「心神耗弱等のような犯罪事実自体と関係のない事実」とあるが、「心神耗弱」は責任能力の問題であつて、犯罪の成否に準ずる事実であるから、その記載を訴因に準ずるものと位置づけることができよう。しかし、自首等は、正しく「犯罪事実自体と関係のない事実」であるから、これを訴因に準ずるものと位置づけることには違和感がある。しかし、銃砲刀剣類所持等取締法三一条一〇の自首のような必要的減軽事由については、前述した中止未遂と同様、「絶対的要変更事実」と解すべきであり、任意的な減軽事由である刑法四二条の自首については争点顕在化義務違反として処理すべきであろう。

2 「絶対的要変更事実」について訴因変更を怠れば、それが刑訴法三七八条三号に該当することについては異論がない。「相対的要変更事実」についても同様に解すべきように思われるが、同法三七九条に該当するに過ぎないという見方もある。「後者の場合、争点顕在化義務違反との訴訟法上効果に違いはなくなる」。「とりつく島がなくなってしまう」と田宮先生を嘆かせた「仰々し過ぎる」という「実務感覚」である。⁽²⁰⁾

3 予備的訴因が認められた場合に上訴の利益が認められるかについての最高裁判例はない。⁽²¹⁾ 高裁判例も分かれて⁽²²⁾いる。しかし、検察官において、裁量的に予備的訴因の追加を禁忌しているようには思えない。そうすると、訴因変更の要否の問題についての判例の集積はあまり進まないかも知れない。釈明を怠らず、無理をしなければ問題は起こらない。「再開を恥ずるなかれ」である。⁽²³⁾

(1) 上田・三二六頁参照。なお、かつて田辺公二判事は、「事実が弁論に現れていなければならぬ実質的根拠は、その事実が不利に働く当事者に十分な攻防を尽くさせる必要があるからであつて、この限りでは、主要事実と重要な間接事実とで変わることもなく、他方で、事実が弁論に現れていない場合であっても、その事実が裁判所によつて相手方に有利に認定される危険を十分に認識し、かつ、これに対して防禦を尽くす機会が十分に与えられていた限り、証拠から認定できる事実を判決の基礎に置いて差し支えなく、要は、主要事実は当事者の主張を要するとの形式的な原則に固執することを止め、不意打ち防止の観点から個々の事案につき具体的かつ弾力的に判断するのが適切である(田辺「民事法の諸問題(1)」八二頁以下)とされていた。刑事訴訟における具体的防禦説を彷彿とさせよう。「利益なければ無効なし」(能勢先生が注目された団藤先生のご提唱)は、実務感覚に合っている。

(2) 訴えの変更は、訴訟係属後に、原告が、当初の審判の対象を変更することをいう。従来の訴訟物と変更後の訴訟物を比較し、異同がなければ訴えの変更でなく、攻撃防禦方法の変更に過ぎない。

(3) 上田・三二六頁参照。

(4) 上田・三七八頁。

(5) 上田・三三三頁。

- (6) 第三要件の要件が否かはともかく、争点整理や和解手続などで裁判所が開示してきた見解・判断と異なる判断をすることは、裁判所に対する信頼を著しく失わせる。裁判所の見解を前提に立証活動をしてきた当事者の信頼を裏切ることがないよう、しかるべき配慮をしなければならぬ。
- (7) 最判昭和五八年二月二三日刑集三七巻二〇号一五八頁(いわゆる日航よど号ハイジャック事件は、争点として顕在化させたうえで十分審査を遂げる必要)があり、これをしないのは、「被告人に対し不意打ちを与え、その防禦権を不当に侵害するものであつて違法である」としている。ここにいる違法は、「被告人に争う機会(三〇八条)を付与するなどの証拠調べ手続の当事者主義的諸原則に反し、適切な訴訟指揮(二九四条)を欠くなどの訴訟手続の法令違反(三七九条)がある」こと、「新たに創設された公判前整理手続を前提とすれば、必要な期日間整理手続(三二六条の二八・同条の三一第二項)をおこなわない」ことと解されよう(田口三二一頁)。
- (8) 三井・一九九頁。
- (9) 縮小理論の位置づけ・理由づけについては、古江「演習」二二四頁以下。
- (10) 三井・二〇〇頁。
- (11) 松本「訴因・罰条の変更」四三頁。
- (12) 川出「ジャーナル」六号二二四頁、鈴木成嗣「重判解」〔平成一三年〕一九五頁。審判の対象は、訴因である。訴因は、検察官がその実現を意図する刑罰請求権の根拠となる犯罪事実である。そうすると、審判の対象は、検察官の主張によって定まるから、論理上、その特定も、検察官の意思によってなされるべきものである(それがおよそ犯罪を構成しない場合には、刑訴法三三九条二号によって公訴棄却されるに過ぎない)。したがって、訴因の特定に関する議論は、検察官の意思の合理的な解釈の問題である。換言すると、なにが訴因かは、検察官がなにを審判の対象としたかによって決まる。訴因制度が被告人の防禦を図るために導入されたからといって、この理由に変わりはない。「審判の対象の特定は防禦機能」は正しいにしても、「防禦機能は審判の対象」とはならない。検察官は、それほどおせっかいではない。
- (13) 前掲注(9)参照。
- (14) 辻本・一二頁は、被告人が共謀のみに加わったという場合、共謀の相手方の記載は、「その者の行為を介して実行行為を行ったと主張されている意味で、実行行為の内容そのものと直結した主張内容」であり、「絶対的要変更事実」であるとされている。
- (15) 最決平成二四年二月二九日刑集六六巻四号五八九頁。一番は、「本件ガスコンロの点火スイッチを作動させて点火し」という訴因をさらに限定して「本件ガスコンロの点火スイッチを頭部で押し込み、作動させて点火し」と認定したが、原判決は、訴因変更手続を経ることなく、「何らかの方法により」引火、爆発させた」と認定した。これに対し、この最高裁決定は、放火の手段の変更が「絶対的要変更事実」に当たらないことを前提と

したうえ、「本件審理における攻防の範囲を超えて無限定な認定をした点において被告人に不意打ちを与えるもの」として違法であるとした。

(16) 最決昭和六三年一〇月二四日刑集四二卷八号一〇七九頁。

(17) 辻本・一四頁。

(18) 辻本・一四頁は、「……少なくとも、最決平成一三年決定が示す第二段階、つまり被告人の防禦の観点から訴因変更が要求される事例であったというべきではないだろうか」とされている。古江「演習」四三四頁によると、堀江説では、第一段階の問題になるが、川出説ではならない(後記第八の注(9)参照)。

(19) 「檢察講義案」七一頁には、「公訴事実には、(その修正形式も含め)特定の犯罪構成要件に該当するすべての事実を具体的に記載すべきである。ただし、違法性、有責性などの要件は、特にこれを記載するまでもなく、当然充足していることが前提になっている」とある。

(20) 田宮・二〇〇頁。ちなみに、前掲注(1)の田辺判事のような実務感覚は歓迎されよう。

(21) 肯定的な見解(平野、田宮)。訴因変更命令に従ったときに限って肯定的な見解(団藤、光藤)。

(22) 東京高判昭和四〇年六月三日高刑集一八卷四号三三八頁は肯定。東京高判昭和四三・四・九判時五三三号八七頁は訴因変更命令に従ったときに限って肯定する。訴因変更命令に形成力はないが、檢察官にはこれに従う義務があることを根拠とするものである。

(23) もっとも、裁判員制度では事情が異なるかも知れない。

第七 訴因変更の可否

一 民事訴訟における訴えの変更には、①請求の趣旨のみを変更する場合、②請求の原因のみを変更する場合、③請求の趣旨と請求の原因の双方を変更する場合がある。請求の趣旨の変更のうちには、審判形式や請求の対象の変更と請求の拡張がある。ただし、請求の減縮が訴えの変更に当たるとについては争いがある⁽¹⁾。

原告は、請求の基礎に変更がない限り、口頭弁論の終結に至るまで、請求又は請求の原因を変更することができ(民訴法一四三条一項)。請求の基礎が共通である限り、攻撃防禦方法も共通であり、その後の攻撃防禦方法の

展開も手続的に保障されるからである。

「請求の基礎の同一性」の判断基準としては、前述したとおり三説ある。²⁾ 第一は前後両請求の実体的性質に着眼する説。³⁾ 第二は裁判資料の継続的利用の面を強調する説。⁴⁾ 第三は両者をもとに要求する説である。⁵⁾

もつとも、この基準は、新旧の訴えを併存させる場合に、単純併合または選択併合ないし予備的併合として変更を認めてよいか判断するためのものであり、請求の趣旨の拡張・減縮のための基準ではない。請求の趣旨の拡張・減縮は、一部請求の拡張・減縮の問題であるから、「請求の基礎の同一性」を論ずるまでもなく、訴えの変更が論じられよう〔ここでは、後述する「二重取りの問題」は生じない〕。

なお、「請求の基礎の同一性」の判断基準には、第二、第三説によると、訴訟資料に加え証拠資料も含まれる〔したがって、同一性の有無は、範疇カテゴリー的なものではなく、具体的な訴訟の進行状況によって左右されよう〕。

二 これに対し、刑事訴訟における訴因の変更は、「公訴事実の同一性」を害しない程度において許される（刑訴法三二二条一項）。

この訴因変更制度は、「もし変更を許さないとすると、検察官の負担は重くなり、また、別訴で再起訴がくり返されることになれば、かえって被告人の利益を害し、訴訟経済にも反する。反対に、まったく自由に変更させてしまうと、被告人は不安定な立場に追い込まれる。そこで、法はいわば中間をとって、公訴事実の範囲内で訴因変更を認めた」ものである。「比較法的に類例に乏しい」制度であって、「公訴事実の同一性」が認められる範囲内で、「検察官にその手続で有罪判決を確保する手段を与えるため」に導入されたものである。⁶⁾

三一 訴因変更制度とそれと表裏の関係にある二重起訴の禁止や一事不再理効による再訴の禁止の各制度の趣旨に鑑みると、これらの範囲を画する「公訴事実の同一性」は、訴因変更制度の趣旨から導かれるべきである（「これらの範囲が、すべて同一であることを前提として議論する」）。

2 訴因変更制度は、「一個の刑罰請求権の行使は一回の手続で行われるべきである」という要請（今や「公理」であるともいえよう）を満たしつつ（民事訴訟において一部請求を容認する判例（明示説）の立場は、この要請を満たしていない）、「審判の対象である訴因の効力が及ぶ範囲と一事不再理効が及ぶ範囲との間隙を埋めること」によつて、刑罰請求権の行使の制約を解消するものである。その意味で、この制度は刑罰権確保の制度であるといつてよい（〔逆に、訴因変更制度のない法制の下では、再訴禁止の範囲を拡げる（刑罰権の行使を制約する）理屈ハコウラテラル・エストツペル等が必要となる〕）。

3 そうすると、前述の「要請」から、

(1) 新旧両訴因が実体法上一罪の場合には、一回の手続で一個の刑罰請求権の行使を可能ならしめるため（一回の手続の行使しか認められないから、一罪の全部の処罰を確保するため）、訴因変更を認めるべきである（以下「第一命題」という）。第一命題は、前述した「要請」のそのものであり、従来、「単一性」の問題とされてきたところである。あえて「二重処罰の問題」を上位規範とする必要はない。⁽⁸⁾

(2) 新旧両訴因のいずれか一方の刑罰請求権の行使しか認めえない（別訴で共に有罪とされると「二重処罰」になるため）場合にも、一回の手続で刑罰請求権の行使を可能ならしめるため（一回の手続による行使しか認められないから、いずれかの罪の処罰を確保するため）、訴因変更を認めるべきである（以下「第二命題」という⁽⁹⁾）。第二命題は、前述した「要請」の論理的帰結であつて、従来、「狭義の同一性」の問題とされていたこと

ろである（被告人に手続負担を甘受せしめうる刑罰請求権は一個しか成立しない）。

4(1) 「請求の基礎の同一性」について第二説（場合によっては第三説）とパラレルに「公訴事実の同一性」を考えると、「拳銃で被害者を殺害した」というような事案においては、

① 併合罪に当たたる殺人罪の訴因に拳銃不法所持罪の訴因を追加する訴因変更は許されてよい（「新請求と旧請求の事実資料の間に審理の継続的实施を正当化できるほどの同一性がある場合（事実資料同一説）」に当たるといえよう）。

② 併合罪に当たたる殺人罪についての判決が確定した後の拳銃不法所持罪の起訴は許すべきはない（(1)において訴因変更が許されるのであれば、「二重の危険」が及んでおり、一事不再理効を認めるべきであろう）。

(2) 訴因変更制度とそれと表裏の関係にある二重起訴の禁止や一事不再理効による再訴の禁止の各制度の趣旨から、このような結論を導き出すことも不可能でない¹⁰⁾。

四 民事訴訟において「請求の拡張」に当たるとするケース（この場合には、前述したとおり、「二重取りの問題」は生じない）は、刑事訴訟において「単一性の問題」とされるべきものであり（無理に説明すれば、「二重処罰の問題」となるが、前述したとおり、その必要はない）、民事訴訟において「選択的併合または予備的併合」に当たるようなケースは、刑事訴訟において「狭義の同一性の問題」とされるべきものである。

ちなみに、民事訴訟において単純併合となるのは、複数の請求が独立して存在する場合であって、刑事訴訟では新旧両訴因が併合罪に当たるとする場合であり、訴因の変更は認められない（ただし、前記三4(1)・(2)参照）。

五 愚者の一得

1 刑事訴訟において「二重処罰」となる場合とは、民事訴訟において「二重取り」となる場合である。「二重取り」は、不当利得といい換えることもできよう」。

2 民事訴訟では、判例上、二重取りが禁じられるだけで、二重取りになる可能性のある判決を下すことも〔例えば、旧訴訟物理論によると、同一の医療過誤事件について、不法行為による損害賠償請求と債務不履行による損害賠償請求のいずれの請求をも認容することは可能である〕、そのおそれのある審理をすることも禁じられてはいない⁽¹⁾。「二重取りになる可能性のある債務名義が成立しうる」。

そこで、民事訴訟では、二重取りになることを避けるため、口頭弁論終結後に返済等がなされると請求異議が認められる。

3 刑事訴訟では、二重処罰になる可能性のある判決を下すことが原則的に禁じられ、さらに確定の前後を問わず、そのおそれのある審理をすることも禁じられている（「二重起訴の禁止・一事不再理効」）。

ちなみに、刑事訴訟でも、併合罪が別々に審理されると、例外的に実質上二重処罰になる（併合罪加重の範囲を超えてしまう）可能性のある判決がなされるおそれがあるが、それは禁じられておらず、刑法五〇条（余罪処理）や五一条二項（併合罪にかかる二個以上の刑の執行）によって二重処罰を回避している。

4 ところで、訴因変更の限界を画する「公訴事実の同一性」の範囲と一事不再理効の及ぶ範囲は同一でなければならないのか。「訴因変更が可能であるからその範囲で危険が生じる」というのであれば、同一でなければならぬ。

しかし、危険とはなにか。危険が生じる範囲はどこまでか。その答え次第では、前述したところを修正する余

地がある。一事不再理効の本質について、「被告人が一度訴追の負担を課されたならば、再度同じ苦しみを受けることはないというように、純粹に手続きの負担に着目し「したがって、裁判の確定はもはや本質的ではない」かつ被告人に力点を置いた」考え方に従えば、前記二四のような結論も可能となろう。

5 「一個の事件」とはなにか。カントの「物自体 (Ding an sich)」か。フッサールの「ノエシス (noesis)」か。「機能的概念」か。では、訴因とはなにか。「表象 (Vorstellung)」か。「ノエマ (noema)」か。「主張」か。刑事訴訟法の教科書を手にしてから半世紀を経たが、階前の悟葉には既に秋声が聞こえるようである。

(1) 新堂・六四九頁には、訴えの変更でも、「請求の同一性を変えず、その主張の限度を変更するに過ぎない場合は、例えば、請求金額のみの増減……同一の物の所有権の確認請求とその引渡請求、境界確定請求とその境界までの所有権確認請求など、いずれもその基礎に変更はないといえる」とされている。刑事訴訟において単一性が認められるのは、正しくこのような場合である。

(2) 川嶋・七五二頁、新堂・七五七頁、松本Ⅱ上野・六八五頁等。

(3) 実体的に見る考え方には、①訴訟を生み出した前法的な経済的利益が同一である場合をいうとする見解（*経済的利益利益同一説*）、②新請求と旧請求の主要事実が根幹において共通する場合をいうとする見解（*主要事実共通説*）等がある（①説は、問題を結果から捉え、いわば二重取りになる関係に着目するものであって、刑事訴訟に置き換えると、二重処罰になる関係であり、②説は、主要事実が重なる場合であって、刑事訴訟に置き換えると、問題を原因から捉え、二重処罰を招来する当罰性が重なる関係である）。

(4) 手続的に見る考え方には、新請求と旧請求の事実資料の間に審理の継続的実施を正当化できるほどの同一性がある場合をいうとする見解（*事実資料同一説*）がある。

(5) 実体的・手続的視点から見る考え方には、旧請求の裁判資料（*訴訟資料・証拠資料*）を新請求の審理に利用できる関係にあり、かつ、各請求の利益主張が社会生活上同一または一連の紛争と見られる場合をいうとする見解（*裁判資料・紛争考慮説*）等がある。

(6) 松尾〔上〕三〇八頁、民事訴訟における「訴えの変更」との対比については、同書二六五頁参照。

(7) 酒巻・二九八頁には、「……刑事手続による一つの刑罰権（*実体法*）の具体的実現に際して、別訴で二つ以上の有罪判決が併存し二重処罰の実質

が生じるのを回避することにある」とある。ちなみに、「二重処罰の回避の目的」なら、債務名義の生成を認めたらうえ、請求異議を認めればよい。問題は、二重処罰ではなく、二重の手続負担である。なお、「二重処罰の実質が生じるのを回避する」ためには、一事不再理効のほか、刑法五〇条、五一一条もある。

(8) 古江「演習」二三〇頁のとおり、「二重処罰云々」による説明は可能である(刑法五四条一項により刑罰権が制限されるからである)。ちなみに、民事訴訟において、一部請求を認めないという見解は、「二重取り云々」を問題にしているわけではない。

(9) 二重処罰になるのは、新旧両訴因のうち一方の訴因に含まれる当罰性を基礎づける事実が他方の訴因の事実に含まれているため(当罰事実の共通性)、両訴因の事実を処罰すると、実質的にみて二重処罰に当たるといえるからである。したがって、当罰事実の共通性がないアリバイケース(一方の訴因事実が他方の訴因事実とアリバイ関係にある事実への訴因変更)の場合や身代わり犯ケース(身代わり犯になった犯罪の訴因から犯人隠避の事実への訴因変更)の場合の訴因変更は許されない。

(10) 田宮・四四六頁。

(11) 「二重取り」とは、一方の給付請求権が実現されれば、請求異議が認められる場合である。

(12) 白取「刑訴百選」(第九版)二〇八頁は、「公訴事実の同一性」という概念の本質論にまで遡り、「さかのほれば、訴因変更の限界(公訴事実の同一性)から出発して、これを二重起訴の禁止、一事不再理効に及ぼしてきたという方法論に由来すると思われる。時間的には訴因変更が先行するが、現実の重要性は、逆であろう。……一事不再理効の範囲が問題になるときは、当該訴因変更は許されるか否かというより深刻な問題である」とされている。より「深刻な問題である」一事不再理効の判断を先行させるとすれば、自ずから公訴事実の同一性の範囲は広がるといえよう。そうすると、「二重処罰云々」は、訴因変更の十分条件であって、必要条件ではないということであろう。

第八 証拠法関係

一 証明度について

1 わが国の確立した民事訴訟の判例では、「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果を招来した関係を是認しうる高度

な蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性をもちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである」〔「高度の蓋然性説」という〕とされている。

2 学説も、「(民事訴訟において) 九分九厘まで間違いないと認められて初めて、真実と認定すべきであって、当事者の主張の真実性は七分三分であるからといって、七分の方へ認定すべきではない」としている。⁽²⁾ もっとも、近時、高度の蓋然性説に対して、優越蓋然性で足りるといふ説も唱えられている。⁽³⁾

3 なお、「刑事訴訟法における犯罪構成要件事実についての証明度は九〇ないし九九%であるのに対し、民事訴訟法における要件事実についての証明度は八〇ないし九〇%程度である」とも説かれている。⁽⁴⁾ (選択的(択一的)認定については後記三参照)。

4 しかし、有り体にいうと、民事裁判において真実と認定しうるに足る心証の程度は、事案によって異なるかも知れない。重大な結果をもたらす判断には慎重になる。懲戒解雇事由の認定でも、被雇用者を犯罪者とするような事実認定にはより慎重になる〔処罰する者の手は震える「zittert die strahlende Hand」〕。数十万円の貸借りの有無は、「どちらの云うことが信用できるかな」という感覚であることは否めない(借入書があればよい)。しかし、それがないと、これほど難しい事件はない。民事裁判は、貸金に始まって貸金に終わる⁽⁵⁾といわれる所以である⁽⁵⁾。しかし、当事者は事実を知っている。結論が間違っていたら裁判所の権威は地に落ちる〔同じ一万円でもその重さに違いがあることも忘れてはならない〕。

ちなみに、対価のない贈与などの認定は厳しくなる(別紙1)「民事裁判における事実認定について(一)」／贈与契約について(参照)。「疑わしきは被告の利益に」という原則は、「疑わしきは損害を被る者(より大きな損害を被る者)の利益に」といい換えられよう(前同)。

なお、民事訴訟法二四八条は、損害額について一定程度の心証が形成されない場合でも、裁判所の自由な判断によって相当な損害額を認定することが許されるとしている。これは、一定の事案について証明度を軽減したものと解しえよう。⁶⁾

二 選択的（択一的）認定について

1 民事訴訟において、選択的な事実認定は、一般的に許されていない。最高裁昭和三二年判決（前記第六一参照）は、医師の過失に該当する行為について選択的な認定を許した最初のもので先例的価値は高い。

この判決は、蓋然性の高い経験則を基礎にしていきなり過失を推定したもので、「一応の推定」を採り入れたものである。すなわち、「注射のあとが化膿した場合には、それは十中八九、注射をした者が当然なすべき注意を怠ったことによる」という蓋然性のきわめて高い経験則を基礎にした推定命題（「注射のあとが化膿した場合には注射をした医師の過失を推定すべし」）を採用したものと解されている⁷⁾。選択的（択一的）認定の問題は、証明度の問題でもある。

2 刑事訴訟において、同一構成要件内部における択一的認定は許されるが、異なる構成要件間における択一的認定は許されないとする見解が有力である。⁸⁾

それでは、過失犯における過失の態様について、択一的認定をすることができるのか（開かれた構成要件の構造が問題となる）。例えば、前述した民事判決のような「不良な注射液を注射した△Xの脚気の治療のため注射した際にその注射液が不良であった▽という過失行為と不完全な注射器の消毒をした△注射器の消毒が不完全であった▽という過失行為との間で、択一的認定をすることができるか。

この問題については、古江「演習」四三四頁に、川出教授と堀江教授の立場からの解決について懇切な解説がある。⁹⁾前者の結論は民事判決と同じであるが、後者の結論は異なるものとなる。その理論的背景は興味深い。不作為(民法七〇九条)の規定も過失の規定(刑法二二一条)も開かれたものである。

三 証拠法について

1 民事訴訟の場合、証拠共通の原則は当事者間のみならず、共同訴訟人間にも及ぶ。¹⁰⁾主張共通の原則も主張される。

刑事訴訟の場合、証拠共通の原則は当事者(検察官と被告人)間にしか及ばない。甲被告人の関係である書証が取り調べられても、乙被告人の関係ではこれを証拠にすることはできない。そのため、書証に関する証拠意見が被告人ら間で区々に分かれた場合、弁論の分離を含め書証や人証取調べの順序について問題が生じる(「立てば証人、坐れば被告人」(平野)という審理の実態もある。分離された共同被告人に証人適格があるか(平野)。真の分離が必要か、分離された証人の供述を同人自身に対する裁判の証拠となしうるか(田宮・光藤・上口)。

2 刑事訴訟では、予断排除に関する実定法上の規定(刑法二五六条六項、二八〇条一項等)も多く、最も重要な原則である。これに対し、わが国の民事訴訟では、ほとんど等閑視されている。すなわち、刑事訴訟では「起诉状一本主義(刑法二五六条六項)」がとられているが、民事訴訟では「起诉状に証拠となるべき文書の写しを添付しなければならない」ことになっている(民訴規則五五条二項)。

3 刑事訴訟では、厳格な証拠法則が適用されるが、民事訴訟では、主要事実について「厳格な証明」が求められるものの、伝聞法則の制約はない。しかし、それを問題視する声はあまり強くない。弊害があるようにも思えない。

い〔地方の裁判所の支部で、同一人に対する民事事件と刑事事件を併行して担当したことがある。「予断排除の原則」など望むべくもない。刑訴規則一七八条二項但書が常用される。しかし、有り体にいうと、それがために誤った裁判をしたとは思えない。確かに、法は、裁判官が予断と偏見を避けることができるよう制度的な配慮をしている。しかし、件のくだん（これまで、筆者が前出の「刑事裁判覚書」等で採り上げてきた）発言は、ひたひたと忍び寄ってくる。不当な偏見は、いつしか芽生え、何処からともなく忍び込み、神の似姿の眼を曇らせる。「天に私覆なく地に私載なく日月私照なし」とはゆかない。いずれにしても、「私心（予断）を捨て去る」ことが裁判の極意であることに変わりはない。もつとも、民事裁判にも、陪審制や裁判員裁判制の導入が問題になれば、問題意識は強くなる。

4 民事訴訟でも刑事訴訟でも、当事者が多い事件には、特有の問題があった〔代理人や弁護人が共通か否かで事件処理の間も異なった〕。そこにも、裁判の長期化の招く要因があった。

民事訴訟では、大規模訴訟について立法的手当て（民法二六八条―二九六条の二）が施された¹¹⁾。刑事訴訟では、裁判員制度の導入が、迅速な裁判を大きく前進させた¹²⁾。「分離公判か統一公判か」が争われ、起訴状の朗読すらままならなかった荒れる法廷は、昭和のもので今昔の感がある。

四 伝聞法則について

1 刑事訴訟では、伝聞証拠の証拠能力が原則的に認められないが、民事訴訟では、そのような制約がない¹³⁾。弁論の全趣旨も心証形成の資料となる（刑訴法三二七条とは異なっている）。弁論の全趣旨による心証形成は、そのプロセスが明らかでなく、手続的に反論の機会も保障されていない。実務的にみて、自由心証主義の「嫡出子な

のか非嫡出子なのか」「孝行息子か放蕩息子なのか」評価は分かれよう。書証性悪説も見直しの時期にきている。2 もつとも、民事訴訟でも、反対尋問権の機会のない証言・陳述の証拠能力について、積極・消極の両説がある。⁽¹⁴⁾ 最判昭和三二年二月八日民集一一巻二五八頁は、積極説であるが、無条件で証拠能力があるとしているわけではない。⁽¹⁵⁾

3 なお、刑事訴訟では、いわゆる形式説（通説・判例）によると、反対尋問が行われなかった場合の主尋問の結果の証拠能力は否定されない。しかし、この判決の論旨に従えば、少なくとも刑事裁判では（とりわけ裁判員裁判を想定すると）証拠能力を否定する方が妥当であろう。

五 違法収集証拠について

1 民事訴訟では、私人が収集した証拠であっても、クリーンハンドの原則等により、その証拠能力が否定される。⁽¹⁶⁾ 無断の録音・録画（労働能力の喪失がないことを立証するため望遠レンズで邸内の原告の挙動を撮影した写真や解室で無断録音されたテープ等）が証拠申請され、その証拠能力が争われるケースもある。

2 しかし、刑事訴訟では、違法に収集された証拠であっても、その収集に捜査機関が全く関わっていないような場合、その証拠能力を肯定するのが通説である。違法収集証拠排除法則の根拠である将来の違法捜査の抑止や適正手続の保障が問題にならないからであろう〔司法の廉潔性・司法に対する信頼が害される程度も少ないといえる〕。

六 愚者の一得

1 民事訴訟では、弁論主義・処分権主義が貫徹されているから、裁判書その基礎となる事実の認定に用いることができないことに争いが無い。したがって、民事判決では、「裁判書によれば……」ではなく、「裁判書及び弁論の全趣旨によれば……」と当たり前のごとく書いている。

しかし、刑事訴訟では、「裁判書によって、裁判理由記載の犯罪の真实性を証明することができる」と解する見解が有力である。⁽¹⁷⁾「刑法四三三五条四号が、再審請求の要件として裁判それ自体が有罪判決の証拠となる場合を規定している」からである。其れ然り豈其れ然らんや〔長嘆息〕。

拙稿「刑訴三三三条の解釈をめぐる諸問題について」同法六三卷五号二七頁以下で詳論したが、裁判書その基礎となった事実の存否の証明に用いるのは問題である。⁽¹⁸⁾刑訴法四三三五条四号は、伝聞法則による証拠能力の制限がなかった旧法時代の事案を想定したものである〔旧刑訴の規定を無反省に受け継いでしまったものといえよう〕。

そうすると、この規定により、有罪判決の根拠とされる裁判〔裁判書〕は、「ごく限られた場合」にならう（瀧川幸辰ほか『刑事訴訟法』八一九五〇年V五九八頁）。そう解さないと、判決を介すれば、伝聞法則を頓使できることになり不当である〔そこで、筆者は、三犯の「その後犯した」という要件を認定するためにも、被告人の員書調査（前科関係について説明したもの）を判決書謄本のほかに証拠として挙げることにしていた〕。

2 学生が悩まされるのは、犯行再現実況見分調査書の証拠能力に関する最決平成一七年九月一七日刑集五九卷七五三号（以下「最高裁平成一七年決定」という）である。

最高裁平成一七年決定は、「証拠としての性質〔伝聞か非伝聞か〕は、当事者が設定した立証趣旨（刑訴規則

一八九条一項)に基づいて判断されるが、それを前提にすると証拠価値がおよそ無意味になる場合には、例外的に裁判所において実質的な要証事実を考慮する必要がある」としている。

もちろん、裁判所が当該証拠を事実認定に用いることが許されるか否かは、当然のことながら、当事者が設定した立証趣旨(要証事実)に基づいてではなく、裁判所が実際に当該証拠によって認定しようとした事実(それは、判決書に記載された「証拠の標目」や「補足説明」から窺知できる)によって判断されなくてはならない。その意味で、裁判所は、この決定が説示するとおり、「実質的な要証事実を考慮しなければならない」(この決定は、この当たり前の理屈を説示するだけでよかつたはずである)。

最高裁平成一七年決定の説示の仕方は、事実認定の段階では無条件に妥当であるが、証拠採否の段階では大いに疑問(不適切)である。仮に当事者の意思を枳明(確認)することもなく、「裁判所において実質的な要証事実を考慮」して証拠の採否をしたとすれば、あまりに職権主義的である(「そんな訴訟指揮はすべきではない」)。

したがって、裁判所としては、①当事者が設定した立証趣旨を前提にすると証拠価値がおよそ無意味になる場合には、②当事者に枳明のうえ、③当事者が立証趣旨に固執するのであれば、④関連性(重要性)がないとして証拠請求を却下すれば足りる(「そうしたからといって、最高裁も、「訴訟手続の法令違反」になるとはいえない)」。もとより、裁判所は、必要なら職権で証拠を採用することができる。しかし、その場合には、当事者の意見を聴取すべきである(刑訴規則一九〇条二項)。

そういう手順を経ることなく「裁判所において実質的な要証事実を考慮」して証拠の採否を決定することは、明らかに当事者主義に反する。¹⁹⁾ 枳明もしないで、裁判所が、当事者が設定した立証趣旨と異なる要証事実に基づいて証拠の採否を決定すれば、実質的にみると、当事者の意見を聴取しなかったことになるから(先に別の立証

趣旨の関係で意見を聴いているからといって無意味である」、これは立派な刑訴規則一九〇条二項違反である（杉田宗久裁判官は、「裁判官は、……立証趣旨の全部又は一部を立証事項という形で自律的・自己規制的に証拠決定に内包させ、いわば『この立証事項の範囲内で証拠調べを行い、かつ、心証形成を行う』というような内容的限定を付した形で証拠決定を行っているのではないかと考えられる。……そして、立証事項による内容的限定は、証拠決定の内容的拘束力（羈束力）によって、裁判官の心証形成に外枠を課することになるのである。……裁判官がなんの手続も経ることなく当該立証事項からはみ出した証拠資料により心証形成を行うことは、証拠決定の内容的拘束力に抵触し、当事者に不意打ちを与えるものとして、違法の評価を受けることになろう」としているが、この見解に従えば、裁判官が当事者の設定した立証趣旨を無視し、なんの釈明もすることなく、「実質的な要証事実を考慮」して証拠を採用することも許されまい（傍線は、筆者が付した²⁰）。

確かに、立証趣旨を前提にすると証拠価値がおよそ無意味になる場合に、「実質的な要証事実を考慮」することなく、直ちに証拠請求を却下することは、「審理の充実を図るという観点から」好ましいことではない。どうすべきか。

裁判所としては、①当事者が設定した立証趣旨を前提にすると証拠価値がおよそ無意味になる場合には、まず、釈明すべきである。②そして、当事者が立証趣旨が変更すれば、それを前提として証拠能力を判断すればよい。他方、③当事者が立証趣旨を変更しなければ、④原則として、証拠調べ請求を却下（関連性△重要性√なし）すればよい。⑤もしも、審理の充実を図るという観点から必要なら、例外的として、所定の手続を経たうえで、証拠能力を吟味し、職権で証拠を採用すべきであろう。

そうすると、立証趣旨に一定限度で拘束力を認めたのと同じ結果となるが、「立証趣旨には拘束力がない」と

いう命題を維持するのであれば、当事者主義や不意打ち防止の問題に還元して説明することも可能であろう。⁽²¹⁾

最高裁平成一七年決定の判決の立証趣旨に関する部分の意義は、「当事者の設定した仮装の立証趣旨(要証事実)に惑わされ、軽々に証拠能力を認めることを戒めた」ところにあるというべきである〔最決平成二七年二月二日判タ一四一二号一〇一頁は、最高裁平成一七年決定に言及しているが、その説示には興味深いものがあるが割愛する〕。

(1) 最判昭和五〇年一〇月二四日民集二九巻九号一四一七頁(東大ルンバル事件)。なお、最判平成二二年七月一八日判時一七二四号二九頁(長崎原爆訴訟事件)は、「相当程度の蓋然性で足りる」とした原審判断を違法としつつも、原審の事実関係に基づけば、放射線起因性を認められるとして、認定判断は是認しえないものでないとしている。

(2) 兼子一『民事法研究第三巻』一三〇頁。なお、アメリカ法では、証明度について、①「beyond reasonable doubt」(合理的疑いを超える)、②「preponderance of evidence」(証拠の優越)、「The existence of the contested fact is more probable than its nonexistence」(争いのある事実が存在しないよりは存在するものと信じられる心理状態)、『③「clear, strong and convincing evidence」(明白・強力・かつ、確信的な証拠)』McCORMICK ON EVIDENCE, vol.2 at422をみればよい。

(3) 伊藤眞・判タ一〇九八号四頁等。なお、伊藤眞・三三四頁参照。

(4) 田宮・二九八頁、伊藤滋夫「事実認定の基礎」一六二頁。

(5) 証拠は行為の痕跡である。大きな事件には痕跡が残る。高額の金銭の授受であればそれを窺知するに足る証拠が残る。しかし、少額事件にはそれがない。勝ち負けを決める決め手がない。かといって、立証責任に逃げ込むわけにもゆかない。貸してもいないのにどうして訴訟まで起こすのか、なにか別の目的があるのか、あれこれ考える。そうすれば、なんとか「まわし」に手がかる。

(6) 伊藤眞・三三四頁参照。

(7) 新堂「民訴百選(第三版)」一四〇頁参照。なお、一応の推定とは、高度の蓋然性をもつ経験則を用いて事件の客観的状况から、過失や因果関係を推認する場合の証明をいう(川嶋・五九四頁)。

(8) 古江「刑訴百選(第九版)」二〇二頁。同演習四三三頁以下。

(9) 古江「演習」四三三頁以下には、「Q 川出教授や堀江教授によると、過失の態様についての択一的認定は、異なる訴因間にまたがる択一的認定、同一訴因内の択一的認定のいずれの問題なのでしょうか」との「問い」に対する「答え」である。訴因の特定・択一的認定の理解に資するので要約しておく。

(1) 川出教授は、①過失犯の態様を訴因の特定にとって不可欠であるかについて、過失の態様が構成要件要素であるからではなく、訴因における罪となるべき事実の記載は合理的な疑いを超える心証をうることができる程度の具体的事実(＝確信を抱かせるに足るだけの具体性を備えた事実)でなければならないとの要請によるものと解され、②しかも、この要請は、「審判対象の画定ということとは別の理由から要求される」ものであって△審判対象の画定とは別の理由から要求されるとは、特定の構成要件を充足するに足る事実(審判対象の画定に不可欠な事実)について、裁判官が合理的な疑いを超える心証を得られるようにするためにそれを具体化したのであって、審判対象を限定する意味はない、審判対象の画定にとって不可欠な事実ではなく、③したがって、過失の態様を異にしても審判の対象として別個のものとはならないとされる(川出「演習」法教三八五号一四九頁)④そうすると、過失犯の過失の態様についての択一的認定は、同一訴因内の択一的認定であって、明示的な択一的認定も許されることになる。

(2) これに対し、堀江教授は、①(過失の態様を構成要件要素と解するかどうかは分からないが)、川出教授と同じく構成要件要素ではないものの、②訴因には「確信を抱かせるに足るだけの具体性を備えた事実」を記載しなければならぬとの観点から、過失の態様の記載が求められていると解しているとしても、③「確信を抱かせるに足るだけの具体性を備えた事実」は、審判対象の画定にとって不可欠な事実と解されているので(堀江「研修」一〇頁)、④過失の態様が異なれば、審判対象(訴訟物)が異なることになる。⑤そうすると、異なる訴因間の択一的認定の問題ということになる。

(10) 川嶋・七七六頁、高橋「上」五一頁以下。

(11) かつては、裁判所内で受命裁判官による証拠調べができないうところから、合議を構成する三人の裁判官が同時に証拠調べを行うため、同一敷地内にある簡裁の法廷で証人尋問や原告本人尋問を行うなどという裏技も使われた。

(12) 「訴訟の促進」というと抵抗されるが、「裁判員の負担軽減」というと反発はされ難い。『被害者への配慮』という説得も同様である(ベテラン弁護士)。かつては、被告人が多いと、次のような苦勞があった。①公判準備期日への切替は、弁論の更新が済まないといけないから、被告人が欠席した期日の証人尋問を公判準備期日に切り替えて行うことはできない。②そうすると、二号書面を採用する要件に欠けることになる(被告人が欠

席した期日の証人尋問調書が同意書面あるいは一頁書面として提出されても、一頁書面の相反性の要件を満たさない。③そのため、メーデー事件では、検察官と弁護士が、「特定の被告人の關係で二頁書面が採用された場合には、他の被告人はその取調べに同意する」という合意を事前にしていたということである。④しかし、荒れる七〇年安保闘争の時代には、そういう合意はおよそ期待できなかった（被告人らは、裁きの正当性〔legitimacy〕を認めていなかった）。④被告人が違法闘争をすると、最早お手挙げであった。それが一時代の「昭和」であった。戦時刑罰法もしげば機能不全になった。

- (13) 通常の民事事件において、かつては労働事件や離婚事件でしか見かけなかった陳述書が多用されるようになって久しい。その運用方法等については裁判官によって一様でないが、主要な陳述書については作成者の証人尋問ないし本人尋問が行われているように思われる。反対尋問を経ない供述についても、証拠能力を否定されないが、伝聞証拠の有する問題を踏まえ、証明価値の判断をしているはずである。なお、いわゆる大阪国際空港事件（最大判昭和五六年二月一六日民集三五卷一〇号一三六九頁）は、被害及び因果關係の認定において、Xらの陳述書、アンケート調査のような主観的な証拠に高い証拠価値を認めている。なお、川嶋・五三六頁によると、「ほとんど唯一の例外として、明文に規定のない陳述書の広範な活用が、集中証拠調べの実現等を下支えしているのが現状である」（川嶋・五三七頁には、問題点についての適切な指摘がある）。ちなみに、陳述書の広範な活用によって集中証拠調べの実現が容易になったことは事実（実感）である。しかし、主尋問を陳述書に委ね、反対尋問に時間を割くというやり方は功罪半ばしよう。体験していない事実はどこかで破綻する。ウソの階層性を利用した反対尋問も奏功しない（拙稿「刑事裁判覚書〔再〕——証人を中心として」同法六七巻二頁参照）。裁判員裁判における集中審理を可能ならしめたのは陳述書ではない。

- (14) 川嶋・五三八頁。
- (15) 間淵清史「民訴百選〔第三版〕」一四四頁以下。
- (16) 川嶋・五七〇頁。
- (17) 石井・一六七頁。
- (18) 「条解」八八一頁。
- (19) 渡辺咲子「ジャーナル」二二二頁。
- (20) 杉田「裁判員裁判の理論と実践」一一七頁等参照。盛岡「立証趣旨の証拠能力」四頁参照。
- (21) 立証趣旨の拘束力に関する議論としては、山田「証拠の森」二二二頁以下に詳しい。

第九 事実認定の手法

一 刑事裁判における事実認定については、拙稿「刑事裁判覚書」同法六四卷三号において詳述した。民事裁判における事実認定については、(別紙一)「民事裁判における事実認定について」¹⁾において管見を披瀝した。

二 民事裁判でも刑事裁判でも、個々の証拠価値の評価については異なるところがない〔前出の拙稿「刑事裁判覚書」において、例えば、供述証拠の信用性について、△供述(証言)を価値づける条件 I (一般条件) (1)供述する人の道徳性、(2)供述する人の知性(知的能力)、(3)供述する人の情緒性(感情的傾向)、(4)供述する人の精神状態……△略▽……II (実際に供述する場合の条件) (1)よい知覚をする条件、(2)よい記憶をする条件、(3)実際に供述する人がよい供述をする場合の条件……△略▽……▽について分析・検討しているところは、刑事でも民事でも変わらない〕。しかし、民事裁判では弁論主義が徹底しており、立証責任の分配もあるから、それが事実認定に際し、一応足かせとなる。

これに対し、刑事裁判では厳しい証拠能力の制限があるうえ、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が君臨している。そのため、同じ事件について、刑事裁判では無罪が言い渡されたのに、民事裁判では請求が認容されること⁽²⁾がある。もつとも遺憾なことではあるが、「刑事裁判では有罪、民事裁判では請求棄却」というケースもない⁽³⁾ない。

三 刑事訴訟において、自己に不利益な供述については、任意性があれば信用してよいとされている(刑訴法三二一

二条一項参照)。「自己に不利益なことをいうのは、真実である」という理由による。英米法において、利益に「反する供述 (Statement against interest)」に伝聞例外として証拠能力が認められるのはその趣旨である。

2 民事訴訟において、借用書に形式的証拠力が認められれば、意思表示に瑕疵がない限り借用の事実が認められるのは、それが自己に不利益な供述であるからにはかならない。

もつとも、詐害行為取消訴訟や配当異議訴訟においては、格別の考慮が必要である。借用書に形式的証拠力が認められても、この種の訴訟ではそれが自己に不利益な供述であるとはいいい切れない。利害の対立は、一般債権者である原告と一部の債権者である被告にあり、被告である債務者(借用書の作成者)との間にあるわけではなからである。うそをつく利益がある。

この種の訴訟で借用書に実質的証拠力(証明力)が認められるためには、当該文書の作成経緯が明らかにされなければならない。確定日付がとられたりするのはそのためであるが、その計らいが仇となり、詐害意思の存在を疑わせることもある。

3 刑事訴訟においても、自己に不利益な事実といえるかについては、慎重な吟味が必要である。英米法において、利益に反する供述として伝聞例外を認められるのは、民事上の不利益であって刑事上の不利益は含まないとされている(通説)。自己の刑責を認めることは一見不利益であるが、共犯者に対する引つ張り込みにより自己の刑責を転嫁する危険(利益)があり、俄に利益に反するとはいえないからである。

四 愚者の一得

1 ロースクールの授業で学生たちに、「誤判の原因」を分析し、その原因は、「第一に自白偏重³、第二に供述証拠

の軽信⁽⁴⁾、第三に供述証拠の軽信⁽⁵⁾、第四に客観的証拠の過信（陥穽⁽⁶⁾）である」と説いてきた（誤判とは「死に至る病（Die Krankheit zum Tode）」である。しかし、「人の裁きには限界が…」と「絶望」してはならない。ヨハネ伝のキリストの「この病は死にいたらず」に思いを致し、「復活」の旅に出よう。拙著「刑事裁判覚書」にそう書いた）。

2 そして、一子相伝的な憾みのある事実認定について、先輩裁判官から教えられた次のような手法〔注意則〕を示してきた（合議は、同じ記録を読み、同じ証人尋問を聞いた者同士が己の心証を開陳して議論を戦わすものであって、事実認定の訓練にとってこれ以上の機会はない）。これらは、多くの点で民事裁判における事実認定にも参考になる。

(1) まず、証拠構造の把握を把握する〔直接証拠がなく、情況証拠の積み重ねによらざるを得ない事件において、は、争点整理手続において、推定命題の取捨選択（事件の見立て）が重要になる〕。

(2) 「**「自白のある事件」**では、自白を捨象して検討し、その後には自白の信用性を検討する。初めに事件を見よ！最後に人を見よ！である。

(3) 「**「自白のない事件」**では、**①**第一段階においてはできる限り客観的な証拠から、要証事実が推認できるかどうかを検討する、**②**第二段階においては供述証拠から認定できる事実を加えた証拠能力から、要証事実が認定できるかどうかを検討する、**③**第三段階においては客観的証拠（事実）から認められる事実供述を加えることにより認められる事実を総合して判断する。

(4) 「**「自白のある事件」**では、以上に続いて、自白の信用性を吟味し、最終的な判断をする。

3 供述の信用性の判断についての着眼点は次のとおりである。

- (1) 客観的事実との整合性を考える〔↓客観的証拠の過信(陥穽)に留意する〕。
 - (2) 供述経緯を考える〔↓供述に一貫性があるか、供述の変遷に合理的な理由があるかを吟味する〕。
 - (3) 供述内容を考える〔↓供述自体に矛盾はないか、合理性があるか、迫真性・臨場感等があるか検討する〕。
 - (4) 虚偽供述の可能性を考える〔↓虚偽供述がなされる背景・事情がないかに注目する〕。
- 4 白の信用性の判断についての着眼点は次のとおりである。
- (1) 白と経験法則・論理法則との関係を考える。
 - (2) 白と客観的事実との整合性を考える。
 - (3) 白の時期、一貫性を考える。
 - (4) 白の迫真性とくに秘密の暴露を考える。
 - (5) 白の動機、原因および取調べ状況を考える。
- 5 共犯者の供述には、次のような特質がある。
- (1) 共犯者は、犯行体験を有し、犯行を認めていることが多いから、真実と虚偽を混せて供述することが比較的可能である。この共犯者の白に特有の危険性を常に念頭に置いておかねばならない。
- 共犯者は、自己の犯行を他人の犯行とすり替えればよいから、「秘密の暴露」による信用性のチェックが効かない。創作ではないから、臨場感・迫真性にも事欠かない。
- (2) 練馬事件の上告審の少数意見は、「一般に共同被告人は、互いに他の被告人に刑責を転嫁し、または自己の刑責を軽減しようとする傾向があるのが通例であるから、一被告人の供述だけで他の共同被告人の罪責を認めることは、人権保障上ははなはだ危険である」としている。著名な冤罪事件(昭和岩窟王事件・八海事件・松

川事件・三鷹事件等」には、共犯事件が多い〔前記二二のとおり、アメリカ法では、共犯者による「引つ張り込み」の危険を避けるため、「利益に反する供述として伝聞例外を認められるのは、民事上の不利益であつて刑事上の不利益は含まない」とされている〕。

(3) もっとも、共犯者の自白には警戒すべき点があるからといって、常にその証明力を低く判断すべきということとはできない。とりわけ、被告人が共犯者と密接な人的つながりがある場合、この共犯者の被告人に不利益な供述の信用性をたやすく否定するのは相当でない(石井一正「刑事実認定入門」参照)。共犯者の供述であるが故に、肯綮に中ることも少なくない。

6 以上で述べたところは、刑事事件に特有の知見もあるが、民事事件に応用できるそれもある。民事両事件を担当した裁判官としての実感である。

(1) これは、筆者がロースクールにおいて司法試験合格者のために行った「修習準備講座」の一部である。

(2) 刑事裁判では捜査段階でもほとんど争っていないかつたのに、民事裁判では徹底抗戦するという事件を担当したことがある。捜査段階における取調べに自白を強要したような形跡は全くなかつた事件で、三宅正太郎裁判官の座右の銘(後記注(3))が思われた。

(3) 裁判に於いて私が護符のやうに心に思つてゐることは、自白を信ずることの危険なことである。これは昔からいひ古されてゐることで、誰も承知してゐることであるが、さて現実の事件に当たると、とかく鹿を逐ふもの山を見ずの譬えのやうに、その危険が無視される虞がある。そこで、私は自白について、殆ど考えられないやうな極端な事例を明記して、それを自分の戒めとしてゐる。

今から二十年前に、播州の竜野に、一家六人が豊殺された事件があつた。その犯人として、その隣家の男が嫌疑をうけ、警察検事局で調べられ、更に予審に廻されて調べを受けたのであるが、この男は、警察でも、検事局でも、予審に於いても、詳細に自分が手を下して一家を豊殺した事実を陳述した。この人は相当な年配であり十分に知慮分別のある人であつて、かかる自白をした以上、それに対して如何なる刑が待つてゐるかにつき決して無智な人ではないのである。ところがその後、豊殺された一家の近親の中から真犯人があらはれて、最初起訴された男は免許となり、真犯人に

対する死刑が確定した。自白が真犯人の出現によって覆された例は稀ではないが、この事件のやうに、自白すればその結果は死刑の裁判をうけるといふ場合に、猶虚偽な自白を取へるといふことは、驚くべきこと⁽¹⁾で、自白の価値の三思三省せざるべからざることを厳しくわれわれに教へるものである／裁判の書(三宅正太郎)。

(4) 供述証拠の危うさを説き、供述心理学の知見を紹介している。

(5) 共犯者の供述に特有の危険性を説いている。「引つ張り込みの危険性」とそれを見破る術に欠ける(暴露の原則などが機能しない)ことである。

(6) 「客観的証拠の過信には、重畳的な弊害がある」として、客観性の神話とその呪縛を説いている。

第一〇 既判力と一事不再理効

一 既判力は、確定した終局判決の内容の後訴における通用力であつて、後訴裁判所の判断を拘束する効力を有する。確定裁判の執行力・拘束力は、民事・刑事を問わず、裁判制度の本質から当然に導かれる。刑事手続では、これらの効力に加え、有罪・無罪の判決には一事不再理効がある⁽¹⁾。

もっとも、「一度裁判で決着のついた同一事件をむし返すことを禁ずる原則(No bis in idem)」の始まりは、アテネの政治家・雄弁家であるデモステネス〔紀元前三八四?～三二二〕の「レプティネスへの反駁」のなかの一文によると、ローマ・カノン訴訟より古い。そこには、「しかしどの法律も、私人による訴え、官による訴えあるいはなにかほかのそのようなものが二回同一人(＝被告人)に対して同一事案において起こされることを許してはいない」(Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 3, 1984, S. 940-942)と示されているという〔西洋法制史の岩野英夫先生のご教示による〕。「一度裁判で決着のついた同一事件をむし返すことを禁ずる原則」は、決して近代法の所産ではない⁽²⁾。ここにおいて、「一度裁判で決着のついた同一事件」とは、訴追者の「主張」に過ぎ

ないものではなく、実在性を有している。少なくともその「表象」ではある。

二 一事不再理効については、拙稿「一事不再理効についての一考察——最高裁判所平成一五年一〇月七日判決を素材として」『大谷實先生喜寿記念論文集』（成文堂）において論じた。なお、刑事裁判において、一事不再理効のほかに既判力が問題になることは必ずしも多くはない。表舞台に登場するのは、一事不再理効が認められない場面においてである。

三 愚者の一得

1 筆者は、かつて恩師の柏木千秋先生から、「一事不再理の原則は旧憲法および旧刑事訴訟法以来認められてきたところであるし、しかもその内容は英米における二重の危険とはかなり相違している。従って、一事不再理の効力と二重の危険との間に思想的なつながりがあることは否定できないにしても、前者が後者に由来するとすることは無理であろう。わたくしは、むしろ一事不再理の効力は『一個の事件については一個の実体判決が対応する』という思想によるものと解したいがどうかね」と問いかけられた。⁽³⁾昭和四〇年代の前半、まだ既判力説が有力な時代であった。「危険」となると、自らが引き受けた「それ」は、主張できなくなるように思われるが、そういう議論はあまり活発ではなかった。

2 「一個の事件については一個の実体判決が対応する」という思想（＝公理）を、「一個の刑罰請求権しか成立しない場合には、一個の手続（実体判決）が対応する」といい換えれば、筆者が、前記第七の三で定立した第一命題、第二命題が導けよう。

3 民事裁判においては、既判力が及ばない範囲を「信義則」や「争点効」などの理論がカバーしている。刑事裁判においては、一事不再理効の及ぶ範囲が既判力の及ぶ範囲を包摂しているため、既判力が問題になる場面は少ない。⁽⁴⁾しかし、裁判の本質を考えるうえで、これほど枢要な概念はない。

(1) 上口・五三〇頁。

(2) 田宮・四四六頁は、一事不再理効の沿革について、「①確定力の理論はすでにローマ法において一応の完成をみたのであるが、その後もこれを受けて一般に、裁判が確定すると、積極的・肯定的効力として後訴への拘束力が生じ、同時に消極的・否定的効力として再訴遮断効が生じると説明されてきた。前者は裁判の内容に結びつく効力であるが、後者は裁判があったことによる存在の効力である。②刑事事件では、過去の犯罪事件が対象であり、原則として先決関係を考える必要がないので、このうち後者が前面に出て、公訴権を一度使い切ったことによる消耗・消滅の理論として説明されることになった。今日見られる、一事不再理効は確定裁判の存在的效果だ、という構成のルーツはここにある。③ところが、確定力理論は、ドイツに入ると、民訴の分野で積極的効力が主力となったことの影響を受け、あわせて具体的規範説が唱えられるに至ったことと結びついて、前者の効力が確定力の主軸にすえられるようになった。かくて、後者は前者の反射効であるとの考えが登場し、わが国にこれが導入されて、通説を形跡するに至った。これが戦前までの状況である。④ひるがえって英米を眺めると、裁判の効力論はイギリスに渡って、刑事における「前の有罪」「前の無罪」(による再訴禁止)の原則となる。これを「二重の危険」の原則とよんだが、訴訟終結の結果ととらえる限りでは、大陸法における公訴権消滅論との親近性をみてとることができよう。もつとも、それはアメリカに入ると、少し独自の発展を経験する。すなわち、証拠調べが開始されると、何らかの理由で判決にまでたどりつかなくても、「危険」はあったとして、右二つの場合以外にも危険の事由とされる場合が加わり、「二重の危険」がひとり歩きはじめる」と要約されている。こうした沿革に鑑みると、一事不再理効の本質・機能を考えるに当たり、安易に訴因制度の容喙を許すべきものではない。一事不再理効のフランスにおける展開について白取祐司『一事不再理の研究』が詳しい。

(3) 柏木・一七七頁。

(4) 一例を挙げておこう。A⇓B、B⇓Cの各訴因間には公訴事実の同一性があるが、A⇓C間には同一性がない場合に、順次変更できるかという問題がある。これを否定する見解に対しては、「B訴因で有罪判決がなされた後にC訴因で起訴することが可能となり不当である」との批判がある。そして、この批判に対しては、一事不再理効ではなく、判断内容の拘束力に言及し、「B訴因に対する判決の拘束力がC訴因の裁判に及ぶから不都

合はない」という再反論がなされている（ちなみに、田宮・二〇八頁は、B訴因に対する判決の後訴に対する拘束力を否定されている）。なお、一事不再理効のない形式裁判についても問題が顕在化しよう。

第二一 おわりに——最後のメッセージ——

一 知識の杭 が打たれている。流れに杭が打たれていると、上流からの漂流物はそこに集積される。

知識の杭 が打たれていると、日々押し寄せてくる夥しい情報がそこに集積され熟成してゆく。知識の杭 が打たれていないと、情報はすべて流れ去ってしまう。

知識の杭 は、いい換えると問題意識をもつことである。

裁判官として様々な事件を担当すると、巧まずして多くの 知識の杭 が打たれる。そして、集積された情報は、多角的な視野をもたらし、従前の知識に新しい光を当て磨き上げる。

本稿で試みた民事訴訟と刑事訴訟の対話は、意識的に 知識の杭 を打つものである。

二 それにしても、従心を迎えた今、白首北面の教えを乞いたいことばかりである。学ぶに遅きこと悔いつつ（花有重開日 人無再少年）、「刑事裁判覚書」につづき、「民事裁判覚書」の筆も擱くことにする。

たのしみは朝おきいでて昨日まで無かり花の咲ける見る時

〔橘曙見〕

〔参照文献〕—— 〓適宜、以下のように略称している 〓——

(1) 同志社法学 〓同法、ジュリスト重要判例解説 〓重判解、民事訴訟法判例百選（三版） 〓民訴百選（三版）、刑事訴訟法判例百選（九版） 〓刑訴百選（九版）、刑事法ジャーナル 〓ジャーナル、民事訴訟法の争点（第三版） 〓民訴法の争点（第三版）、法学教室 〓法教、司法研修所編『檢察講義案』 〓検

民事裁判覚書（完） 〓民事裁判官と刑事裁判官の対話 〓

同志社法学 六八巻七号

七三（二二二二）

察講義案」、同『判決起案の手引き』↓「判決起案の手引き」

- (2) 小林秀之・安富潔「クロスオーバー民事訴訟法、刑事訴訟法」↓小林・安富「クロスオーバー」、高橋宏志「重点講義民事訴訟法(第二版補訂版【上】)」↓高橋(上)、同【下】↓高橋(下)、伊藤眞・加藤新太郎・山本和夫著「民事訴訟の論争」↓伊藤眞ほか「民事訴訟の論争」、川嶋四郎「民事訴訟法」↓川嶋、伊藤眞「民事訴訟法(第四版補正版)」↓伊藤眞、新堂幸司「民事訴訟法(第二版)」↓新堂、同「概括的認定——過失の一応の推定」民事訴訟法選(第三版)↓新堂「民訴百選(第三版)」、上田徹一郎「民事訴訟法(第三版)」↓上田、井上治典「民事訴訟における手続保障」民事訴訟法の争点(第三版)↓井上「民事訴訟法の争点(第三版)」、小林秀之「民事訴訟法がわかる」↓小林「民事訴訟法がわかる」、小島「消費者保護と民事訴訟」民事訴訟法の争点(第三版)↓小島「民事訴訟法の争点(第三版)」、徳田和行「法領域における手続保障」フランス民事訴訟法の基礎理論↓徳田「基礎理論」、山本和彦「民事訴訟における法律問題に関する審理構造」民事訴訟審理構造論↓山本「民事訴訟審理構造論」、難波孝一「規範的要件・評価的要件」伊藤滋夫・難波孝一編「民事要件事実講座Ⅰ」↓難波孝一「規範的要件・評価的要件」、伊藤滋夫「事実認定の基礎」兼子一「民事法研究第三巻」↓兼子「民事法研究第二巻」、井上正三「一部請求の許否をめぐる利益衡量と理論構成」法教二期五八号↓井上「法教二期五八号」、笠井正俊「不動産の所有権及び賃借権の取得時効に関する考察——いわゆる規範的要件の評価根拠事実と評価障害事実という観点から」判タ九二二号↓笠井「判タ」九二二号

- (3) 松尾ほか「条解刑事訴訟法」↓条解、古江頼隆「事例演習刑事訴訟法(第二版)」↓古江「演習」、小野清一郎「刑事訴訟法講義(全)」↓小野、団藤重光「新刑事訴訟法(七訂版)」↓団藤、平野龍一「刑事訴訟法(法律大全集)」↓平野、同「訴訟概説」↓平野「訴訟概説」、田宮裕「刑事訴訟法(新版)」↓田宮、同「刑事訴訟法講義案(増訂四版)」↓講義、松尾浩也「刑事訴訟法(上)新版」↓松尾(上)、三井誠「刑事手続法Ⅱ」↓三井、田口守一「刑事訴訟法(第四版補正版)」↓田口、同「刑事訴訟法」↓田口「目的」、上口裕「刑事訴訟法」↓上口、柏木千秋「刑事訴訟法」↓柏木、酒巻匡「刑事訴訟法」↓酒巻、辻本典夫「訴因変更の必要性」『研修』平成二四年二月七七号↓辻本「訴因変更の必要性」、同「訴因の研究——請求原因事実としての「罪」となるべき事実」「犯罪と刑罰」↓辻本「訴因の研究」、石井正「刑事実務証拠法(第4版)」↓石井、平野・松尾編「新実例刑事訴訟法Ⅰ」↓実例Ⅰ、能勢弘之「公訴の利益」北大論集一九卷一・二二号↓能勢「公訴の利益」、井上正治「刑事訴訟法の論点」↓井上「論点」、遠藤賢治「民事訴訟における手続保障」↓遠藤「民事訴訟における手続保障」、藤井一雄「訴因及び罰条の概念及びその記載方法」団藤重光編「法律実務講座刑事編第五巻」↓藤井「訴因及び罰条の概念及びその記載方法」、土本武司「訴因の特定」熊谷弘・佐々木史朗・松尾浩也・田宮裕編「公判法大系Ⅰ」↓土本「訴因の特定」、松本芳希「訴因・罰条の変更」大阪刑事実務研究会編「公判法の諸問題」↓松本「訴因・罰条の変更」、杉田宗久「裁判員裁判の理論と実践」↓杉田「裁判員裁判の理論と実践」、盛岡茂「立証趣旨の証拠能力」河村澄夫編「刑事実務ノート第一巻」↓盛岡「立証趣旨

の証拠能力」、田辺公二「反対論として——契約が代理人によって成立したことの主張を要するか」『民事法の諸問題(1)』↓田辺「民事法の諸問題(1)」、山田道郎『証拠の森』↓山田「証拠の森」。

なお、これらは、多くの示唆を得た文献のほんの一部である。ここに明示していない文献や、研究会等から直接・間接的に多くの示唆を受けたことはいうまでもない。

(別紙1)

民事裁判における事実認定について(一)

——何が原則か——

第一 事実認定の作法

ハウイグモアの設例から▽

一 情況証拠A (動機) について

前提事実 △推定の前提となる間接事実▽〔推定命題↓喧嘩した者は加害行為に出る。〕

*被告人は被害者と喧嘩していた。

認 否 △認否・積極否認▽

*事実関係を否認する〔喧嘩した事実はない〕。

*推定力を争う〔殺害の動機となるようなものではない〕。

推定を阻止する事実(1) △一般的に推定を阻止する事実▽

*アリバイがある。

推定を阻止する事実(2) △個別的に推定を阻止する事実＝間接反証的事実〔↓〔注〕〕▽

*被告人は被害者と仲直りした。

認 否 〱 認否・積極否認〱

* 事実関係を否認する。

※現在でも実務上、間接反証はよく用いられている。判決理由中で、たとえば「…の事実（間接事実）が認められる本件では、特段の事情（両立する）間接事実」がない限り、…の事実〔主要事実〕を認めるのを相当とする。」等と判示されている（川嶋・五九六頁）。

二 情況証拠B（犯罪の証跡）について

前提事実 〱 推定の前提となる間接事実〱〔推定命題↓加害者の衣服には被害者の血がついている。〕

* 被告人の衣服に血がついていた。

認 否 〱 認否・積極否認〱

* 事実関係を否認する。

* 推定力を争う〔被害者の血ではない。〕。

推定を阻止する事実① 〱 一般的に推定を阻止する事実〱

* アリバイがある。

推定を阻止する事実② 〱 個別的に推定を阻止する事実 〱 間接反証的事実〱

* 別の機会に付着した。

認 否 〱 認否・積極否認〱

* 事実関係を否認する。

〔注〕いわゆる近接所持の理論論の場合、被告人による盗品の所持が推定の前提となる事実であり、推定を阻止する事実（他から入手したという事実）が間接反証の事実である。なお、近接所持の推定のほか、以下のような事実上の推定が、ウイグモアの『証法入門』に紹介されている。有能な実務法曹は、これらの一般的な推定命題に加え、多種多様な命題（経験則）を引き出せなくてはならない。

- ① **人間の正常性の推定** 人間は、通常精神状態や身体条件に関して特別の事情がない限り、正常人と推定される。また、人は生存が証明された時から長い年月を経過しない場合には、特別の事情がない限り、生きていると推定される。② **行為による意思の推定** 人の行為は、人が通常意識する意思を持ってその行為をしたと推定される。犯意の推定や企図の推定がその適例である。③ **状態継続の推定** 事物の状態は特別の事情がない限り、その物の性質により通常同じ状態を継続すると推定される。これには、私通関係の推定、集団の一員たる状態の継続の推定、資本状態の推定、慢性的病氣継続の推定等があげられる。④ **中間の推定** 事物の両端が明かであれば、その中間状態を推定せしめる。すなわち、午後六時と午後七時に酌量していないことが証明されると、その中間でも酌量していなかったことが推定される。⑤ **郵便配達の推定** 正規の信書は、配達不能として返送されない限り、通常の日取りに配達されたものと推定される。⑥ **隣人は隣家を知っているとの推定** 隣人は通常隣人と知り合っており、隣家で起こった事件を知っているという推定は、田舎と都会で異なり、事件の性質にもよることを注意しなければならない。⑦ **言葉の推定** 人は通常の意味で言葉を語る。隠語や方言がその人の属する集団や出身地を一応推定させる。

三 総合認定

情況証拠AとBを総合する。反証の合理性を再度吟味して、結論を出す〔情況証拠による推認〕と〔反証の合理性の吟味〕のフィードバックを怠ってはならない〕。

〔注〕総合認定の場合には、相乗効果というものがある。①Xという事実を推認させるA、B、C、Dの各事実の存否について、②個別的な判断をする、それぞれ「可能性がある」という確信しか得られないが（その限度は、合理的な疑いを超えない心証である）、③そのような事実が多数認められることは最早偶然といえず、Xという事実について合理的な疑いを超えない証明がなされたといえる、④そして、このXという事実にかんがみると、A、B、C、Dという事実は、「可能性がある」のではなく、「確かな」事実となる。これが相乗効果である。

第二 着眼点について——思いつくままに——

以下のメモは、裁判官生活で身につけた物の考え方である。これまでに、先輩法曹に珠玉の労作が割鑿さげに付されている。手近なものとしては、伊藤眞・加藤新太郎編『判例から学ぶ民事事実認定』（ジュリスト増刊号）の解説とりわけ各執筆者が「実践的事実認定論への示唆」として蘊蓄をかたむけられたところを参照されたい。

刑事訴訟でも民事訴訟でも、「初めに事件を見よ、最後に人を見よ」といわれる。以下で述べるところは、「初めに事件を見よ」のプロセスである。人を見ることも忘れてはならない。「最後には人を見よ」は、「最後には人を見よ」でもある。それが、血の通った裁判である。ちなみに、価値観が多様化した社会において裁判の公正さは、その実質（判断）よりもその形式（手続）に求めざるをえなくなる。

一 贈与契約について

1 贈与か貸付か

- (1) 贈与の心証の程度は、有償契約の場合と同じでよいか。⁽¹⁾
- (2) 貸したのか貰ったのか。⁽²⁾

(1) どうせ只、負けて元々、損はない。とすれば、「疑わしきは……」。無償契約の方が有償契約よりも保護が弱くても仕方がない。無償契約には即時取得を認めない立法もある。もっとも、後述2のとおり、無償契約だからこそ強い保護が与えられている場合もある。経済的には評価できない背景事情である。

(2) 真実は一つか。別紙(2)「民事裁判における事実認定について」。

2 贈与の撤回ができるか

- (1) 忘恩行為を理由に贈与の撤回ができるか。⁽¹⁾
- (2) 等価交換の原則の埒外の問題をどうするか。財産的価値で測れないものがある。なにが等価かも一義的には決まらない。法的保護の背景はなにか。大切なものは目に見えない（星の王子様）。筆者は、そんな思いで、忘恩行為を理由に贈与の撤回ができるという判決を書いた。⁽²⁾ちなみに、ドイツ民法では、受贈者が重大な過誤により贈与者又はその近親に対して重大なる忘恩の責に任ずべきときは贈与を撤回することができる⁽³⁾（五三〇条）、贈与を撤回したときは、贈与したものの返還は不当利得の返還に関する規定に従う（五三一条）と定められていた。

(1) ゲマインシャフト的な社会には、ゲゼルシャフト的な社会を支配する等価交換の法則では律しえないものがある。無償契約の背景には、ゲマインシャフト的な事情があり、その法的効力を単純に決めることはできない。

(2) 新任判事補のころ、贈与の取消（撤回）が争点となる事件を審理し、判決（東京地判昭和五〇年二月二十五日判例時報八一九号五四頁）をすることになった。

(1) 原告は、主位的に訴状による贈与契約の撤回、予備的に訴状による負担の不履行による負担付贈与の解除、解除条件の成就による贈与の解除を主張した。被告は、主位的主張について実定法上の根拠上を欠くとして争い、予備的について事実関係を否認した。

(2) 裁判所は、次の事実を認定し、原告の主位的主張を認めた。

前記認定事実によれば、前記贈与の基礎となっていた情誼関係が、被告の非情極まりなき忘恩行為によって完全に破綻消滅し、ために老後を被告に託しその全財産を贈与して生活基盤を失っていた松子は、たちまちのうちに生活危機に陥り、嘗は村一番の資産家の未亡人の身から転じて生活保護を受けざるを得ない立場に陥ったものであって、かかる場合には、松子に前記贈与の撤回権が発生し、贈与の目的物の取戻ないし撤回権行使の時点における価格の返還請求ができるものと言うべきである。

(3) 待望の来栖三郎「契約法」（昭和四九年）二四二頁によると、学説・判例の状況は、次のとおりであった。

贈与の撤回を論ずるには、贈与の履行前と履行後に分けるべきであろう。△略△履行後に贈与物を取戻しうるかどうかについては、殆どの学説は肯定するのをちゅうちよした(前掲石田・山中・我妻、注釈民法(14))。しかし、肯定しようとする学説もないではなかった。例えば、広中「贈与(民法論集六八・七一頁)が受遺欠格の規定(九六五条・八九一条)を類推適用し贈与の取消(撤回)の可能性を示唆した。そして広中説に従うとみられる判決が出た(札幌地判昭和三四年八月二四日下民一〇巻八号一七六八頁)。ただし、この判決はその要件の存在についての主張・立証がないとして贈与の取消を否定した。

(4) 筆者が忘恩行為による贈与の取消しに関心を抱いたのは、学生時代に読んだ広中・幾代・鈴木「民法の基礎知識(1)二頁以下の次のような解説であつた。

無償契約なるものは、好意・感謝・慈悲・名譽・公共心等々の非物質的要素——原初的には共同体的なものであつたし近代社会においてもかく權利・義務のカテゴリーによつて把握すること(法的操作)の不可能なもの——によつて導かれる一個の給付から成る行為であるが、これに対する法的保護(ここで問題にしているのは道德の問題ではない)は、本来、それを組成する給付を請求する(たとえば贈与約束の履行を請求する)ことに対して与えられるものとしては存立しえない。このことは、一面において、そのような給付を導くべき背後のものが法的操作の本来的に不可能なものであるがために法はそれに立脚して給付を強制するというわけにはいかず、他面において、そのような給付が請求された時には背後にあつたそれを導くはずだったものはずで存在しなくなつてゐるがために法はその存在によつて導かれるはずだった給付を強制するわけにいかない、という理由にもとづいてゐる。

(5) どうして、この記述に刮目したかという点、同じ頃に読んだ平野龍一『刑法の基礎』(一九六六年)所収の論文「贓物罪の一考察」に次のような記述があつたからである。そこから、ささやかな民法と刑法の対話も生まれた。

わが法の贓物罪は、このような社会学的類型を前提として解釈しなければならぬ。このように考えるとき、第一項の收受は、これを「犯罪による利益に与る行為」あるいは「受分行為」とすることができ、これは犯罪人庇護と結合して古くから存在した類型の名残り、そのなから財産犯的要素をひき出したものである。ドイツにおいては、売得金の收受のみを受分行為としているが、受分は、贓物そのものによつて、行われ得、これがむしろ通常の形態である。追求権の侵害が重複して存在することは、その受分たる性格を傷つけるものではない。ドイツ草案の見解は、行為類型、行為者類型を正面に出しつつも、なお法益思想に拘泥したものといわなければならない。

二 売買契約について

1 実測売買か公簿売買か。

(1) 前提事実↓どちらが相場の取引か。⁽¹⁾

⊃ 実測面積が不足しても、それが相場の取引なら損はない。

(2) 間接反証的事実↓特段の事情があるか。⁽²⁾

⊃ 相場なら買わないよ。「隣地は高くても買っとけ」という。

2 委託販売か買取りか。特段の事情があるか。

(1) 前提事実↓どちらが通常の取引形態か。⁽³⁾

⊃ まず原則を見つける。

(2) 間接反証的事実⇕特段の事情があるか。⁽⁴⁾

⊃ 「お宅(名門アパート)に置かせて貰えれば……」というから預かったんで……。

⊃ 「御社の商品(ブランド)を扱えれば店の格が上がる……」というので売ってやったのに……。

(1) 「通常、取引は相場で行われる(原則)から、「当該取引も、相場に従った取引額で行われた」との推定が働く。そして、この推定を否定する側に、「例外的に相場に従った取引ではなかった」という具体的事実を主張・立証させる。いずれにしても、相場に従った取引であれば、仮に「例外的な取引であったとしても、客観的にみて損はない(＝実害が少ない)」。

ちなみに、争点整理が悪いと、「相場がいくらか」から審理しなければならなくなる。

(2) 「なぜ相場より高いのか」、「なぜ安いのか」が間接反証的事実である。「売り急いでいた」とか「どうしても買う必要があった」という具体的事実を主張・立証させることになる。

(3) 通常なら「委託」あるいは「買取り」である。それが業界の常識（原則）である。そこから、「当該取引も、業界の常識に従った」との推定が働く。
(4) この推定を否定する側に、例外的な具体的事情（売主と買主の力関係／ブランド価値が高いから、扱わせて貰えるだけで、信用不安があるから、買取りでないと）を主張・立証させる。

三 請負契約について

1 発注者はだれか

(1) 前提事実↓元請けと下請けの関係はどうか。⁽¹⁾

⊃ 材料負担では儲けがなく赤が出るか。

(2) 間接反証の事実↓特段の事情があるか。⁽²⁾

⊃ 次の仕事で色つけるから……。職人を遊ばせておくよりは……。

(3) 表見法理によって保護すべきか。⁽³⁾

⊃ 請負人側の事情で決められては……。

2 本体工事か追加工事か。

(1) 前提事実↓どちらが相場単価か。⁽⁴⁾

⊃ 別に損はない。

(2) 間接反証の事実↓特段の事情があるか。⁽⁵⁾

⊃ 予算超過だからといって……。

3 請負契約か雇用契約か。

民事裁判覚書〔完〕／民事裁判官と刑事裁判官の対話▽

請負契約いろいろ、雇用契約いろいろ。考慮すべきは、契約当事者間の法律関係だけの問題ではない。工事人の過失で損害が生じた場合、被害者の保護に違いが出る。前者には民法七一六条の高い壁があるが、後者には七一五条一項の梯子が架けられている。⁽⁶⁾

(1) 請負人（元請け・下請け）側の契約内容としてどちらが合理的か。

(2) それに反する主張をする側に反証を挙げさせればよい。もともと、「判事さん。赤を覚悟の関係もありませ」と嘯く？業者も多い。

(3) 表見法理による注文者の保護は必要である。

(4) 相場の坪単価を基準に判断する。

(5) それに反する主張をする側に反証を挙げさせればよい。そうすれば、実害が少ない（負けても元々……である）。

(6) 後記八（2）参照。

四 保証否認事件について

(1) 前提事実↓頼んでいたら断っていたか（事後予測）。⁽¹⁾

⊃ お世話になりますと感謝してははす……。

(2) 間接反証の事実↓特段の事情があるか。⁽²⁾

⊃ 他の兄弟のこともあって……（もちろん、連合軍の場合もある）。

(1) 「そんなことなら、黙示の承諾があったといってもよいのでは……」。これが骨太の認定である。民法の平成一六年改正によって、「保証契約は、書面でなければ、その効力を生じない」民法四四六条一項 ことになったが、もともと保証否認事件の大半は書面によるそれであった。

(2) それに反する主張をする側に反証を挙げさせればよい。

五 境界確定について

- (1) 前提事実↓現状はどうか。⁽¹⁾
 - ⊃ 「長年平穏無事だったのに寝耳に水」。「いずれにしても時効・権利の濫用では」。
- (2) 間接反証的事実↓土地の慣習はどうか。⁽²⁾
 - ⊃ 現状か慣習か。現状はどうして作られ、どうして維持されてきたか。
- (3) ノンリケット↓公簿面積で案分すればどうか。⁽³⁾
 - ⊃ お隣さんも巻き込んで・・・縄のび・縄ぢぢみのつけはだれが払うか。
- (4) いずれにしても難しい事件である。下手をすると、当事者のみならず、隣人や古老の侮りを買おう。裁判官は、裸の王様である。

- (1) 平穏な現状は権利の徴表である。実害も少ない。
- (2) 土地の慣習に注意する。境界石、境界木、樹層、内(外)畦畔、法下、尾根等……。
- (3) ドイツには明文の規定がある。

六 詐害行為取消事件について

- (1) 前提事実↓契約の当時の経済状態と将来予測はどうであったか。⁽¹⁾
 - ⊃ さもありなんか。
- (2) 間接反証的事実↓特段の事情があるか。⁽²⁾
 - ⊃ 共益行為（他の債権者の責任財産の保全にもなる）。

(1) 許害意思の有無の決め手となる。

(2) 単なる借用書は決め手にならない。借用書は、債権者の被告と債務者の被告が気脈を通じればいつでも作成できる。いつ作成されたかが重要になる。

七 建築瑕疵事件について

(1) 瑕疵かどうか、単価で決まる。請負人は、「宮大工じゃあるまいし」と嘯く。しかし、サラリーマンにとって、家を建てることは、一生に一度の大事業である。いささかのきずもシミも許せない。

(2) そんな事件の和解では、落語の「牛褒め」で場を和ませた。補修代金の半額でしやれた絵画を飾ってきずを隠すことができた。

(1) 新築の台所の柱の傷(筋)を気にする主人に「秋葉様のお札を貼ればよい」といつて喜ばせる話である。壁の傷や柱の傷も、「絵」を掛けたり、タペストリーを吊せば隠せる。

八 不法行為事件について

(1) どうしても救済したいとき……⁽¹⁾。

(2) 窮すれば通じる。⁽²⁾

(3) 犯罪を認定する場合、……配慮しなければならないことがある(労働事件における解雇事由の認定にも気を遣う)。

(1) 判例違反も辞さず、敢然と……。『強い判例』と『弱い判例』かも考える（中野次雄『判例の読み方』参照）。

(2) 主婦の顔がユニボによってえぐり取られ、ドイツシユフェースに成ってしまった。外貌醜状などという程度問題ではない。歩行はおろか目を閉じることすらできなくなった。介護の費用も莫大である。ユニボで水道工事をしていた会社には損害を賠償する資力が無い。注文者の市に責任が問えればよいが民法七二六条の壁があった。「注文者の指図」は、刑法の不作爲犯で説明がつくと直感した。最判昭和四三年二月二十四日民集二二卷一三三四頁の趣旨に照らしても、問題ないと思われた。問題は、最判昭和四五年七月二十六日民集二四卷七号九八二頁との関係で、被告市の監督義務に、保証人的地位が認められるかであった。しかし、翻って考えてみると、「注文者」といつても、まったくの消費者から巨大な企業まで千差万別である。「請負人」といつても単なる被用者に過ぎないものがある。ここにおいて、贈与契約のところで言及した平野先生の「社会学的類型を前提として解釈」が頭を過ぎった。論理的説得は字者に任そう（勝本勘三郎先生の「エピソード」。「事実で勝負」と割り切って判決した（①第一に、被告市は、自ら設計図、仕様書等を作成し、被告会社の工事費内訳明細書、工程表を検討してこれを修正する権限と能力をもっていたものであって、本件工事に実際強い監督的立場に立っていたものであるところ、本件工事が通行人等に危険を及ぼすものを知り、細かな指図をしながら、被告会社において右指図に従い、必要な予算措置をとっているかどうかについては全く調査していないこと、②第二に、被告市の吏員は、監督員として本件工事現場を巡回しており、被告会社がガードマンをつけず作業しているのを知りながら、なんの措置もとっていないこと、③本件事故は、赤字を理由にガードマンの採用が打ち切られ、無謀な作業が続けられていたため引き起こされたものであるところ、被告市において、右①、②の適切な措置をとっておれば、容易に右結果の発生を回避し得たものであること等が明らかであるから、これらの事実を徴すると、被告市は、本件事故の発生につき予見可能性を有しており、適切な措置によって容易にこれを回避し得たにも拘わらず、これを怠ったものであって、注文者として、その注文又は指図について過失がありたるものというべきである。新聞は、女の顔に六〇〇万円と大見出しで報じた。無神経な表現に腹が立った。市議会は議論を重ね、小差で控訴に踏み切った。上級審が前述の判断が維持してくれるか不安であったが、原告代理人から、原判決と同額の支払いを認める和解が成立したと聞かされた。和解条項には、両論併記のうえ、「被害者が被った被害の重篤さにかんがみ」とあった。ここでも、別の意味で「疑わしきは損害を受ける者の利益に」が貫かれたような気がする。

九 保全異議事件について

- (1) 請求原因事実と同様、抗弁事実の立証も疎明でよいか。⁽¹⁾
- (2) 異議事件を担当していると生ずる疑問である。⁽²⁾

(1) 発付の段階では、抗弁の事実の存在の可能性を想定している。それがどの程度増すと、保全を取り消すべきか。疎明で足りるといっても、その証明度は高度でなくてはなるまい。ここで取消すと、およそ回復が不可能な損害を与えることになる事案では尚更である。

(2) 同じ判断の間違いにも、取返しの効くものと効かないものがある。受け身の積古が大切である。ここでも、「損害を受ける者の利益に」である。△「修習準備講座のレジユメ」から▽

民事裁判における事実認定について(二)

——真実は一つか——

一 まず、事実の一つか、を考えてみましょう。

1 修習生のころ、実務修習地の岐阜地裁の所長であつた成田薫判事から「民事修習はどうですか」とお尋ねがありました。「当事者のどちらかがウソをついているような事件が多くて……」と申し上げたところ、日頃お優しい成田所長がお顔を曇らされました。その理由が分かつたのは、暫くしてこんな事件を傍聴したからです。

〔成田判事は、吉田岩窟王事件の主任裁判官である。ジャーナリストの青山与一さんは、無罪判決の言渡しの際の瞬間の感動を、その著書『真実は生きている』の中で、次のように書いている。「裁判長は、条理を尽くした判決理由を読み上げた後、静かに言った。「これらの事情と相まって被告人の訴追を見るに至り、わが裁判史上かつてない誤判を繰り返し、被告人を二〇余年にわたり、獄窓のうちに呻吟せしめるに至つたものであつて、まことに痛恨おくあたわざるものがあると言わねばならない。以上の次第であるから、……無罪の言渡しをするものとする。ちなみに当裁判所は被告人否ここで被告人と言うには忍びず吉田翁と呼ぼう。我々の先輩が翁に対して冒した過誤をひたすら陳謝するとともに実に半世紀にわたりよくあらゆる迫害に堪えて自己の無罪を叫び続けて来たその崇高な態度、その不撓不屈の正に驚嘆すべき類いなき精神力、生命力に対して深甚な敬意を表しつつ翁

の余生に幸多からんことを祈念する次第である。この一文をお読みになった同志社大学法学研究科や司法研究科で共同授業を担当させていただいた西洋法制史の岩野英夫名誉教授は、『意識下の私心』さえもなく事件に向き合うことでしか出てこない、こんなと湧く清水のようなことばである』（『比較憲法史の一つの手法——米欧近代憲法史と日本の憲法——同志社法学六七巻二号六九頁）とされている。

2 原告は、訴状で、次のように主張しました（修習生のころ体験した事件です）。

- (1) 原告は、被告に対し、昭和〇年〇月〇日、金五〇〇万円を貸し渡した。
- (2) 原告は、被告に対し、再三、返済を要求したが、被告は、支払わない。

(3) よって、原告は、被告に対し、金五〇〇万円と訴状送達の日翌日から支払済みに至るまで民法所定の年五分の割合による遅延損害金の支払を求める。

3 これに対し、被告は、第一回口頭弁論期日に、「原告が支払を求める金員は、貰ったものであって、借りたものではない」と主張しました。

4 裁判長は、原告に対し、「借用書はありますか」と尋ねました。

5 原告は、甲一号証として、「借用書」を提出しました。

6 被告は、借用書を書いたことを認めました。でも、その趣旨を争いました。

7 私は、法廷を傍聴していて、「ああ、被告がうそを言っていたのだな」と思いました。

8 裁判長は、和解を勧告しました。

9 双方の話から、以下の事実が明らかになりました。

(1) 被告は、かつては大変な素封家で、原告の一家の面倒をみ、大学進学費用も援助していた。

- (2) その後、原告は、大学を出て、事業を興し成功した。
- (3) ところが、被告は、他人の債務を保証したことが仇となり、家屋敷を手放さなければならぬほど、困窮するに至っていた。
- (4) この話を伝え聞いた原告は、被告を訪ね、「これまでのご恩に比べればあまりに少ないが、お役立て下さい」と言って五〇〇万円を差し出した。
- (5) これに対し、被告は、「お気持ちだけで結構です。君にだけは惨めな姿を見せたくない。今となってはそれだけが唯一の矜持だ」と言って受け取らなかった。
- (6) そこで、原告は、「お気がすむならお貸ししたことにします。でも、お返しして戴くお金ではありません。ご恩報じにもなりません。お収めください」と受領を懇請した。
- (7) 被告は、涙を流しながら、「ありがとう。借入書を書きます。お受け取りください」と応じた。
- (8) 原告は、「お気がすむなら、お預かりしておきます」と言って、五〇〇万円を置き、借入書を押し頂いて帰った。
- (9) その後、被告は、なんとか早く五〇〇万円を返済したと願っていたが、余裕は全く出てこなかった。
- (10) 他方、原告は、事業に失敗し、「あの五〇〇万円があればなあ」と思うようになった。
- 10 原告が事業に躓かなければ、また、被告が立ち直っておれば、胸にしみるような美談で終わっていたはずだ。
- 11 この五〇〇万円は、貸したものという原告の言い分が正しいのか、それとも、貰ったものという被告の言い分が正しいのか、どちらでしょう。五〇〇万円のやり取りがなされた時点に遡って原告双方の気持ちを聞いてみたら、どんな答えが返ってくるでしょう。

二 まず、なにを真実とすべきか考えてみましょう。

1 大岡政談にご承知の「子裁き」があります。どちらが母親かと争われた事件のお白砂で、双方に子の手を引く張らせ、痛がつている子を見て手を放した方を母親と認めたというあのお話です（ソロモン王の審判も、同じようなお話です）。

2 確かに、これが子の親権者をどちらにした方がいいか、どちらにした方がその子にとって幸せか、という観点からみれば、大岡様の裁き方は正しいでしょう。

3 でも、自然科学的にいづれが母親かを決める方法としては適切ではありません。週刊誌の見出しのように、鬼のような実母もいます。

三 次に、つねに事実を認定しなくてはならないのか考えてみましょう。△略▽

四 それでは、なんのために事実を認定するのでしょうか。△略▽

五 認定してはならないことはないでしょうか。

訴訟の当事者以外の者は、認定された事実がいかにもその人格を著しく傷つけるものであっても、不服申立てができません。訴訟の当事者でも、結論自体に不満がなければ不服申立てはできません。しかし、判決で認定された事実は、真実として独り歩きし、時には人の人生を狂わしてしまうほどの重さを持つことがあります。不服申立てがなされないからといって、否、不服申立てをなさないからこそ、おざりな認定をしてはなりません。例えば、

被告会社の責任を導くため従業員の落ち度を指摘する場合や被告人の無罪を導くため証人の供述を排斥する場合などにも、従業員や証人の人格や名誉を必要以上に傷つけることがないよう留意すべきです。敗者に対する惻隱の情も必要です。ただし、そういう判決は、隔靴搔痒の憾みがあり、大向の喝采は受けられません。

△「調停委員・司法修習生に対する講演レジュメ」から▽

【追記】

裁判官は、小人国に足を踏み入れたガリバーのようなものです。心ならずも、その一挙手一投足によって人の人生を狂わせてしまいます。

裁判官は、裸の王様であつてはなりません。法服を脱いでから一〇数年が経った今、しみじみと思います。咎を引きて自らを責む。そして、皆さんに後事を託したいと願っています。

〔人を裁きし者へのレクイエム・中原中也 空しき秋 第12章〕

老いたる者をして／老いたる者をして静謐の裡にあらしめよ／そは彼等こころゆくまで悔ゆるは洵に魂を休むればなり／ああ／はてしもなく涕かんことこそ望ましけれ／父も母も兄弟も友も、はた見知らざる人も忘れて／東明の空の如く丘丘をわたりゆく夕べの風の如く／はたなびく小旗の如く涕かんかな／或はまた別れの言葉の、こだまし、雲に入り、野末にひびき／海の上に風まざりてここはに過ぎゆく如く。

△反歌▽ああ／吾等怯懦のために長き間、いとも長き間／徒なることにかからひて、涕くことを忘れあたりしよ
〔遅れて来る者へのエール〕

Go, go, in peace. Be strong! Mysterious Hand guide you! (祝禱の言葉で、willは使われていない)〔新島 襄〕
天命に安んじて人事を尽くせ！
〔清澤滿之〕